DELL' ESERCIZIO DEL COMMERCIO

E

DEL MANDATO GENERALE

IN

CORRELAZIONE AL DIRITTO DI PATRIA POTESTÀ

Secondo l' Art. 224 del Codice Civile Italiano

STUDI

DELL' AVV. CAMILLO BO

GENOVA
TIPOGRAFIA DEL R. ISTITUTO SORDO-MUTI
1882

All'Onorevole ed Illustre
Sig. avv.to F.co Crispi
In segno di alta e profonda stima
l'autore

DELL' ESERCIZIO DEL COMMERCIO

DELL' ESERCIZIO DEL COMMERCIO

E

DEL MANDATO GENERALE

IN

CORRELAZIONE AL DIRITTO DI PATRIA POTESTÀ

Secondo l' Art. 224 del Codice Civile Italiano

STUDI

DELL' AVV. CAMILLO BO

GENOVA
TIPOGRAFIA DEL R. ISTITUTO SORDO-MUTI
1882

AL CAV. DOTT. PIETRO BALESTRINI

Già Segretario Generale del Municipio di Milano

Nell' anno 1878 licenziai alle stampe un' allegazione nella quale trattavasi di due quistioni importantissime relative all' esercizio del commercio *e al* mandato generale, *in rapporto colle attribuzioni del genitore investito della patria potestà.*

A quel mio lavoruccio toccò l' insperata fortuna di essere onorevolmente ricordato dal chiarissimo Comm. Baldassarre Paoli nel trattato avente per titolo — Dei figli di famiglia e dell' instituto della patria potestà secondo il Codice Civile Italiano (1) — *ammirevole, come tutte le altre opere di questo celebre scrittore, per una critica dotta, giudiziosa e perspicace, congiunta ad eleganza, chiarezza e concisione di stile.*

In seguito ebbi occasione di intraprendere maggiori studi sulla soggetta materia, dei quali è un completo riassunto il

(1) *V. il vol. V. pag. 74 della Biblioteca Didattico-Legale. Genova, Tipografia del R. Istituto Sordo-muti, 1880: e pag. 59 del presente libro.*

presente libro, che ti dedico, a dimostrazione di quella sincera e profonda stima che m' inspirasti, il giorno in cui, per l' intimità delle nostre relazioni, fui in grado di apprezzare, in tutta la loro grandezza, l' integrità del tuo carattere, la nobiltà del tuo animo e la bontà del tuo cuore.

Tuo affez.mo genero

CAMILLO BO.

QUESTIONE PRIMA.

Il genitore investito della patria potestà per poter continuare validamente il commercio, a nome e colle sostanze del figlio minore, ha d'uopo dell'autorizzazione del tribunale civile.

È questo certamente uno dei punti più controversi nell'odierna giurisprudenza, ed è facile comprenderne il motivo, pensando che trattasi d'interpretare l'intenzione del legislatore. In questa sorta d'indagini, anche dopo il più diligente esame, rimane sempre qualche cosa di congetturale ed incerto: donde la molteplicità dei giudizj, tutti per fermo coscienziosi, ma pure fra di loro discordanti.

Cosiffatta confusione nelle idee e nei principj è di breve durata; poichè appunto dal cozzare delle diverse opinioni nasce una critica illuminata che, a poco a poco, dissipa le nebbie dell'errore, e serve di guida sicura sì al giureconsulto che al giusdicente, i quali ne vanno lieti, a guisa di smarriti viandanti che, dopo aver divagato per tortuosi sentieri, scoprono alfine la diritta via, e raggiungono la meta sospirata. *Sapientis est mutare consilium.*

I.

I principj del diritto romano e l'antica giurisprudenza invalsa sotto l'impero del Codice Albertino, costituiscono uno dei primi e più importanti argomenti addotti per sostenere che la continuazione del commercio non eccede i limiti della semplice amministrazione. Ma quest'argomento ha il torto di voler troppo provare; imperocchè tende a stabilire che la mercatura ha resistito alla legge di continuo e indefinito progresso che, nelle arti, nelle scienze, nelle lettere, governa e trasforma il mondo; mentre è evidente che, a' dì nostri, il vapore, il telegrafo, i congegni del credito numerosi e complicati, rendendo più facile la concorrenza, richiedono nel commerciante maggiore copia di cognizioni, di esperienza, di speciali attitudini, e aumentarono straordinariamente i pericoli inerenti alle operazioni commerciali. Perchè attribuire al legislatore che cede alle esigenze dei tempi e della civiltà, e modifica un codice, gli stessi vieti principj cui si pretende fosse inspirato l'antico? Perchè ostinarsi a interpretare la legge nuova nel modo meno conforme all'equità e meno favorevole a coloro che ebbe in mira di proteggere? Crediamo che la migliore spiegazione di questo fatto sia la seguente: le idee nuove hanno a lottare contra l'*abitudine*, la quale è una forza che spesse volte prevale alla ragione.

La storia del diritto romano, che s'invoca in

contrario, è per sè stessa una dimostrazione di quel costante progresso di cui facemmo parola.

Il tutore aveva in principio un assoluto dominio sulla persona e sui beni del minore. *Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco habetur* (1). Egli poteva compiere qualunque atto, e quindi alienare perfino i beni dei pupilli; non gli era fatta che un' unica proibizione, quella di appropriarseli. — *Tutor in re pupilli domini loco habetur cum tutelam administrat non cum pupillum spoliat* (2). Però queste esorbitanti attribuzioni andarono via via restringendosi, e gl' imperatori finirono per inibire al tutore ogni atto di alienazione (3).

In riguardo alla continuazione del commercio disparate furono le opinioni degli interpreti; il che non deve punto meravigliare, pensando che l' organizzazione della famiglia era, nella legislazione romana, la parte meno perfetta. Ma se alcuni, preoccupati unicamente dall' utilità che, in certi casi, poteva recare al pupillo la continuazione del commercio paterno, opinarono, come il Carzovio (4), che essa fosse lecita al tutore; ed altri, fra cui il Marcardo (5) esagerarono quel concetto fino al punto di dichiararla obbligatoria; ci gode l' animo veg-

(1) L. 27. *Dig. De admn. Tut.* XXVI, 7.
(2) L. 7, § 1. *Dig. Pro. empt.*
(3) Namur. *Cours d'institutes et d'histoire du droit romain* T. I, pag. 123: Dalloz. *Minorité*, N. 326 e 400)
(4) Defin. forens., part. 2, constit., II, déf. 58 in fine.
(5) *De mercatura*, lib. 1, cap. 17, N. 12 in fine.

gendo che l'ingegno elettissimo del Voet non divise quegli errori. Con quella mirabile chiarezza di *analisi* che tanto lo distingue, Egli dimostrò che tutte le varie disposizioni del D. R. esistenti in questa materia, portavano alla conclusione che il tutore NON POTESSE CONTINUARE IL COMMERCIO IN NOME E COLLE SOSTANZE DEL PUPILLO A MENO CHE TALE NON FOSSE STATA LA VOLONTA' ESPRESSA DAL PADRE DI QUEST'ULTIMO NEL SUO TESTAMENTO.

Importantissimo è il seguente passo del suo aureo commento *ad pandectas*:

« *Quod si pater pupillorum vivus mercaturam* » *exercuerit, illud quidem expeditum est, eam no-* » *mine ac periculo pupilli continuare posse, sic ut* » *omne lucrum et damnum pupillo cedat*, QUOTIES » ID PATER NOMINATIM PRAECEPIT [1]. *Quod postremum,* » LICET HACTENUS PROBANDUM SIT, *ut tutori incumbat* » *explicare ac ad finem perducere negotia merca-* » *turae per defunctum incohata, eâque ratione res* » *pupillares incertae negotiationis aleæ quantocius* » *subducere ac in tuto collocare*, arg. L. nam. et » Servius 21. § si vivo 2. Dig. de negot. gestis; » *non tamen admittendum videtur, ut si forte pu-* » *pillus anniculus fuerit, tutor aut compellendus* » *esset usque ad majoremnitatem pupilli* OMNEM » NEGOTIATIONIS SUBIRE MOLESTIAM, utcumque per » institores id fieret; AUT SPONTE ET LIBERA EX VO- » LUNTATE POSSET PUPILLI PATRIMONIUM ADEO ANCIPITI » NEGOTIATIONIS PERICULO DUBIOQUE EVENTUI COMMI-

[1] *L. qui negotiationem*, 5, 8. V. h. t.

» TERE, SI NON PATER ID SUO TESTAMENTO FIERI JUSSIT,
» juxta D. L. 58. Dig. h. t. (¹).

In sostanza il Vcet prova che, secondo il diritto romano, la continuazione del commercio eccedeva le facoltà amministrative del tutore. Dall' avere il padre destinato al traffico il suo patrimonio in tutto od in parte, non ne deriva che, alla sua morte, debbasi continuare il commercio, perchè il padre aveva *in rebus suis jus utendi et abutendi*, ed al tutore è imposto l' obligo di custodire e *conservare* i beni di cui è amministratore. Qualunque *atto dispositivo* che possa, anche indirettamente, offendere l' integrità del patrimonio pupillare, non è conciliabile colla natura dell' ufficio puramente *amministrativo* del tutore, e perciò eccede le sue facoltà. Il commercio, sia che s' intraprenda *ex novo*, sia che lo si continui, non può esercitarsi senza una serie di operazioni più o meno aleatorie le quali impegnano il capitale: una sola speculazione sbagliata può avere per conseguenza il *fallimento*. La volontà dal padre, finchè visse, determinò gli atti costituenti l' esercizio del *commercio:* lui morto, gli effetti di quella volontà non possono estendersi logicamente oltre gli *affari pendenti*. Nacque da ciò la presunzione legale che il tutore potesse condurre a termine le operazioni iniziate dal genitore per causa del suo commercio, affine di sottrarre ai rischi del medesimo le sostanze dei pupilli, il che, avverte giustamente il Voet, non è nemmeno dimo-

(¹) *Voet, ad pandectas.* — L. XXVI, Tit. VII, *De adm. et peric. tut. et cur.*).

strato essere obbligatorio, e dovrebbe in ogni caso restringersi entro i limiti di una vera e propria LIQUIDAZIONE. Continuando il commercio per altro scopo e di proprio arbitrio, il tutore verrebbe a contrarre delle NUOVE OBBLIGAZIONI non consentite espressamente dal defunto; quindi in nessun modo giustificate.

Gli insegnamenti del Voet ci danno la ragione dell' art. 299 del Cod. Civ. Italiano, il quale prescrive, come regola, la *liquidazione* degli stabilimenti di industria o di commercio che si trovino nel patrimonio del minore, e soltanto ne permette la continuazione, quando ne sia riconosciuta l'evidente utilità con deliberazione del Consiglio di famiglia omologata dal Tribunale. La nostra legislazione al pari della romana, considera la *liquidazione* come il mezzo migliore per porre in sicuro il patrimonio dei pupilli, sottraendolo all' alea commerciale, e la comprende negli attributi dell' amministrazione tutelare; ma, a differenza dell' opinione accennata dal Voet, la impone al tutore come un *dovere.*

Per converso la continuazione del commercio fu pure vietata al tutore dalle nostre leggi, non già per un' eccezione speciale in odio del tutore; ma perchè, di sua natura, esorbitava dalle sfere della semplice amministrazione. L' unico divario che si riscontri in questo punto tra il diritto moderno ed il romano sta in ciò, che la possibilità di continuare il commercio non si fece più dipendere dalla volontà espressa dal padre nel suo testamento, ma fu rimessa al giudizio del consiglio di famiglia e del-

l'autorità giudiziaria: innovazione suggerita dal nuovo ordinamento della tutela e dal maggiore vantaggio dei minori; e nel resto inspirata, perfino nella forma, a quegli antichi principii, a tenore dei quali, la continuazione del commercio non poteva annoverarsi fra gli atti amministrativi permessi al tutore. Infatti le formalità imposte dall'art. 299 per poter validamente continuare il commercio, sono quelle stesse che nel successivo art. 301 vengono prescritte per gli atti più gravi, e che indiscutibilmente eccedono i limiti della semplice amministrazione.

Altri autori compresero i danni gravissimi che poteano derivare al patrimonio del minore per l'esercizio del commercio, come ne fa ampia fede il seguente *passo* del De Luca: « *Industriae et* » *negotiationes non semper sunt lucrosae*, *neque* » *lucrum est certum*, *cum frequenter damnum*, » *atque ipsius sortis principalis jacturam vel di-* » *minutionem causare soleant; ex qua ratione in* » *jure dispositum habemus tutoribus vel aliis le-* » *galibus administratoribus interdictum esse pecu-* » *nias pupillares hujusmodi negotiationibus expo-* » *nere* (¹) ».

Ciononondimeno essendo innegabile che la continuazione del commercio può talora riuscire nonchè utile, necessaria, prevalse nella pratica forense il principio equitativo di attribuirvi legale efficacia a seconda dei casi, avuto riguardo sopratutto al van-

(¹) De us. Disc. 18, par. 12.

taggio che per avventura ne avvessero ritratto le sostanze dei minori (1).

A tanta incertezza che regnava nella dottrina e nella giurisprudenza, avrebbe dovuto porre un termine il Codice Albertino; invece la mancanza in quel codice di una speciale disposizione di legge, e la forma *tassativa* dell'art. 232, furono cagione che le antiche dispute si rinnovassero. Invero quell'articolo limitandosi a dichiarare che « *il padre rappresenta il minore in tutti gli atti civili*, *e non può alienare, nè obbligare od ipotecare i beni di cui avesse l'usufrutto o l'amministrazione* », avevasi qualche ragione di dubitare che il *divieto* non si estendesse ad alcun altro atto oltre quelli in detto articolo specificati.

Perciò sotto l'impero del Codice Albertino la giurisprudenza inclinava a ritenere che la continuazione del commercio fosse compresa nelle facoltà del tutore; ma non è punto vero che una cosiffatta giurisprudenza fosse COSTANTE.

Lo provano luminosamente una sentenza pronunziata dalla Corte d'Appello di Torino in data 4 gennaio 1858, in cui, contrariamente all'opinione emessa in precedenti giudicati, è detto che « *se la* » *madre continua l'esercizio del commercio del ma-* » *rito defunto*, *si considera averlo continuato in* » *proprio nome e nel proprio interesse*, *non in* » *quello dei minori suoi figli*, *ove per questi non*

(1) De Luca. Disc. VI *de tutoribus*. — Richeri. *Iurispr.*, L. 1, Tit. 2, Cap. 2, Lect. 2, Art. II. *De alienatione mobil. et implicatione pecuniae pupillaris*, § 774.

» *abbia ottenuto la necessaria autorizzazione* » (1), ed una decisione della Suprema Corte di Cassazione, pure di Torino (2), la quale chiamata, per la prima volta, a interloquire nella questione, stabilì, senza restrizioni o reticenze, che « *non è permesso al tu-* » *tore di darsi al commercio o di continuarlo colle* » *sostanze e nell' interesse del minore*, *eccetto che* » *vi sia espressamente autorizzato* ».

Le sentenze che affermarono la continuazione di un negozio doversi comprendere nell' amministrazione dell' eredità devoluta al minore, ammettevano sempre come dimostrato che quel negozio si trovasse in condizioni tali da doversi considerare pel minore come un mezzo di sussistenza, o quanto meno di conservazione delle sue sostanze; ritenevano, in altri termini, come una qualità INTRINSECA, NATURALE e PERMANENTE della continuazione del commercio, quell' UTILITA' che, se in certi casi effettivamente esiste, in altri MANCA AFFATTO. Per la qual cosa fu assai più logico il nostro legislatore prescrivendo all' art. 299 del vigente Cod. Civ. che la utilità di continuare il commercio dev' essere EVIDENTE e constatata dal Tribunale civile, come per tutti gli atti ed obbligazioni che eccedono i limiti della semplice amministrazione venne stabilito dal susseguente articolo 301, e dal precedente 224 scritto sotto il titolo della patria potestà.

Oltre alla inesistenza nel Codice Albertino di una

(1) V. Bettini, II, 10.

(2) V. *Gazzetta Tribunali*. Raccolta Ufficiale, sent. Cass. Torino, anno 1867, pag. 358. Actis c. Biletta.

espressa disposizione proibitiva, invocavasi pure il principio che la buona fede commerciale deve prevalere all'interesse del pupillo, principio accennato nelle conclusioni dell'avvocato fiscale in una causa decisa dal Consolato di Torino addì 5 aprile 1854. Quel principio era desunto dal paragrafo secondo della L. *Si quis mancipiis* 17 *Paulus*, *lib.* 30 *ad edictum*. *Dig*. *De institoria actione*, così concepito:

« *Si impubes patri habenti institores, haeres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum* » *est, in pupillum dari actionem, propter utilitatem* » *promiscui usus* ».

Il Fabre, commentando questo frammento, soggiunge:

« *Non usque adeo favendum pupillo est ut potior* » *esse debeat causa ipsius reipublicae; utilitas reipublicae maxime circa commerciorum libertatem* » *versatur, quam Paulus hic eleganter vocat utilitatem promiscui usus, cum sine commerciorum* » *libertate neque augere neque subsistere respubblica* » *possit; nihil autem est quod exercendis commerciis* » *et propagandis tantopere possit, quantum si publice ac bona fide contraentes sciunt se certo contrahere* ».

Anche Ulpiano scrisse: *Sed si pupillus haeres extiterit ei, qui praeposuerat, aequissimum erit pupillum teneri, quamdiu praepositus manet; removendus enim fuit a tutoribus, si nollent opera eius uti* (1).

(1) L. 11. Ulpianus, lib. 28 *ad edictum*. In princ. Dig. *eiusd. tit.*

Ma questi frammenti e lo splendido commento del Fabre sono inapplicabili alla quistione. Il caso supposto dai due citati giureconsulti non può a meno di collegarsi all'ipotesi che la continuazione del commercio fosse ordinata dal padre nel suo testamento, giusta quanto fu osservato dal Voet nel *passo* sopra riportato. Allora è facile comprendere la ragione per cui Paolo ed Ulpiano proclamarono valide le contrattazioni dei terzi coll'istitore del padre defunto. Per regola generale, *mors omnia solvit*; quindi anche l'ufficio d'istitore dovrebbe cessare colla morte del preponente; ma se il tutore, obbligato a continuare il commercio, non cerca di nominare un altro istitore, sorge la naturale presunzione che sia suo intendimento di continuare a servirsi dell'opera dell'antico (1). — Siffatta presunzione acquista maggior valore ove si rifletta, che la persona a cui il padre aveva affidato quell'importante incarico, doveva necessariamente godere la piena sua fiducia, sia per intelligenza che per onestà; e che certo ad un nuovo istitore sarebbe mancata quella perfetta cognizione di tutti gli affari del negozio che tanto giova per mantenerne l'avviamento. La *buona fede* e l'*equità* sarebbero state davvero iniquamente offese, se al pupillo si fosse concesso di riconoscere o disdire l'operato dell'istitore preposto dal padre suo, e non revocato dal tutore, avuto riguardo soltanto al lucro che dall'uno o dall'altro partito avrebbe potuto ritrarne!

(1) L. Cuicunque, 5. § penult. Dig. *de inst. act.* — D. L. 11, in princ. id.

A conseguenze totalmente contrarie si verrebbe nel caso in cui o il commercio si fosse continuato per mero arbitrio del tutore, ovvero questi avesse pubblicamente dichiarato di togliere agli *istitori* o all' *istitore* accennati da Ulpiano e Paolo, la facoltà, di gerire il negozio, perchè si verserebbe in tema di atti compiuti, a nome di un minore, *absque auctoritate tutoris aut male interposita*; e quindi al minore stesso non potrebbe negarsi la *in integrum restitutio* per le perdite sofferte. Nè i terzi avrebbero diritto di opporre l'eccezione di *buona fede*, in forza della ricordata massima: *qui cum alio contrahit vel scit*, *vel est*, *vel esse debet non ignarus conditionis eius*. Cessando la presunzione di *legalità*, vien meno la presunzione di buona fede, e non havvi più ragione per favorire l'interesse dei terzi contraenti a preferenza di quello del minore. La norma *agendi*, così stando le cose, è dettata dall'equità naturale e scritta nella nota romana legge: *licet minoribus meliorem facere conditionem suam etiam sine tutoris auctoritate*; *deteriorem vero non aliter quam tutoris auctoritate.*

Mancando pertanto anteriormente all'attuazione del vigente Codice un testo chiaro e preciso di legge, in cui la continuazione del commercio fosse considerata atto di semplice amministrazione, e vaghi ed incerti essendo i responsi della dottrina e della giurisprudenza, male a proposito s'invoca dai sostenitori dell'opposta tesi la regola di interpretazione: *posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint.*

Nell' art. 299 il Cod. Civ. Italiano ha *dichiarato espressamente* che la continuazione del commercio non è compresa nell' amministrazione della tutela, ed è senza dubbio stranissimo che di fronte ad una disposizione proibitiva così categorica, si osi sostenere che, nell' intenzione del legislatore, la detta continuazione del commercio non cessò di essere un atto che non eccede le normali facoltà del tutore! Assurda ed illegale, i nostri avversarii ci perdonino la crudezza dell' espressione, ci sembra altresì la pretesa di creare una perfetta ed assoluta divisione tra l' amministrazione dei beni nella *tutela* e la *stessa* amministrazione nella *patria potestà*, mentre non può ragionevolmente negarsi la grande analogia che in questa parte hanno le due instituzioni.

Sul terreno dell' amministrazione reale ed effettiva, insegna il Borsari, *non possiamo seguire regole diverse da quelle che sono determinate dalla tutela in quelle parti ove non si trovino modificate, o dove qualche ragione propria, e diremmo personale, non militi a favore dei genitori* (1). E la Corte d' Appello di Bologna in una dotta sentenza, della quale fu estensore il conte Bonasi, attualmente presidente di sezione alla Corte di Cassazione di Roma, esplicando elegantemente la massima sopra indicata, soggiunge:

« È erroneo supporre nell' amministrazione ve-
» stita della patria potestà, facoltà maggiori di

(1) Comm. Cod. Civ., Vol. I, 819.

» quelle conferite al tutore relativamente alla ge-
» stione del patrimonio del minorenne, poichè la
» legge ebbe bensì maggiore fiducia in chi dalla
» natura stessa è preposto alla tutela del minore,
» che non in chi ne adombra semplicemente l'im-
» magine; ma questa maggiore fiducia la estrinsecò
» esimendo colui che è rivestito della patria potestà
» dalle misure cautatorie e dalla prestazione delle
» guarantigie imposte al tutore, dandogli il solo
» controllo dell' autorità giudiziale senza vinco-
» larlo al parere d'un Consiglio di famiglia, la-
» sciando a lui la più larga balìa in ciò che si
» attiene al trattamento e al regime delle persone
» dell'amministrazione; ma quanto al maneggio
» delle sostanze deferì al primo come al secondo,
» colla stessa frase, il mandato di rappresentare il
» minore negli atti civili e di amministrarne i beni
» (art. 227 e 277); e per entrambi, con identico
» concetto, statuì che non potessero addivenire
» senza il presidio di solennità tutelari ad atti ec-
» cedenti la semplice amministrazione (1).

Se il Codice italiano, si dice in contrario, *introdusse a questo riguardo un nuovo giure nella tutela, vietando nell' art. 299 al tutore la continuazione del commercio senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia omologata dal Tribunale, non ha punto mutato il diritto antico riguardo alla patria potestà, non vedendosi ripetuta sotto questo titolo la disposizione dell' art. 299. Perciò non è le-*

(1) **Corte d'Appello di Bologna, sent. 9 febbraio 1874: Zanetti c. Polastri. — Bettini XXV, 1, 2, C. 540 con una nota del prof. Maurizi**

cito dubitare che il legislatore italiano abbia voluto conservare riguardo al genitore superstite l'antico diritto, lasciandogli la facoltà di continuare il commercio e l'industria cadenti nell' eredità devoluta al figlio (¹).

Ammessa la evidente analogia che hanno le disposizioni contenute tanto nel titolo della patria potestà che della tutela, analogia che venne dalla Corte d'Appello di Bologna eloquentemente dimostrata, quel ragionamento suona precisamente così:

Se il nostro legislatore ha, con uno speciale articolo scritto nel nuovo Codice, sciolto il dubbio che agitavasi sotto l' impero della passata legislazione intorno al punto di sapere se la continuazione del commercio costituiva un atto eccedente la sfera della semplice amministrazione, e come tale la riconobbe e proibì; se d' altra parte non può negarsi che l' art. 224 dello stesso nuovo Codice ha, con UNA FRASE GENERICA E COMPRENSIVA, *vietato parimenti al genitore investito della patria potestà, tutti gli atti eccedenti la semplice amministrazione, tra i quali verrebbe ad essere naturalmente compresa la continuazione del commercio; deve dirsi che il genitore ha il* DIRITTO *di continuare il commercio!*

Questo ragionamento, oltre al difetto di logica, e al proclamare un DIRITTO che avrebbe il suo fondamento soltanto nell' OSCURITA' DI UNA LEGGE ABROGATA; sarebbe una patente violazione dell' articolo terzo delle disposizioni preliminari del Codice vigente, il

(¹) V. l'allegazione pubblicata dall' egregio avv. senatore Cesare Cabella nella causa dei minori Cattanei c. Nicod, Carrol.

quale ha stabilito la seguente regola d'interpretazione:

QUALORA UNA CONTROVERSIA NON SI POSSA DECIDERE CON UNA PRECISA DISPOSIZIONE DI LEGGE, SI AVRA' RIGUARDO ALLE DISPOSIZIONI CHE REGOLANO CASI SIMILI O MATERIE ANALOGHE.

Taluni volendo ad ogni costo trovare una ragione della differenza che dicono esistere tra genitore e tutore., relativamente alla facoltà di continuare il commercio, si abbandonano a slanci oratori di questa fatta: « l'affetto dei genitori per » i figli, il cocente desiderio che li infiamma della » loro prosperità, l'interesse supremo che hanno » per sè stessi al loro benessere non che alla con» servazione dei beni di cui hanno l'usufrutto, tutto » ciò somministra per la loro gestione una garanzia » che manca nel semplice tutore » ([1]).

Bellissime parole a cui noi plaudiamo di cuore, trattandosi di descrivere un affetto che è il più santo e il più dolce che esista sulla terra, e che non ha confine. Crediamo però che nessun negoziante di buon senso si lascierebbe da esse persuadere ad affidare la direzione di uno stabilimento commerciale nelle mani di una donna che potrebbe essere un modello di madre; ma punto pratica di affari commèrciali.

« Non è della buona economia che il patrimonio del minore faccia il commerciante. Se il padre fu un cospicuo banchiere non ne viene che il tutore debba fare il banchiere nell'interesse del figlio. Se

([1]) V. Cabella Alleg. cit.

il padre esercitò vaste imprese di assicurazioni marittime o terrestri, chi potrà portarvi in compenso quel primo fra i capitali, l'intelligenza, l'attività, il genio della speculazione? ([1]) ».

Queste acute e giuste osservazioni sono manifestamente applicabili al caso di una donna investita della patria potestà, e che fosse costretta a continuare l'esercizio di un dato ramo d'industria o di commercio.

Non male quindi apponevasi il dotto redattore della sentenza della Corte di Genova in causa minori Cattaneo c. Nicod, Carrel ([2]), avvertendo: essere le disposizioni, prescriventi determinate cautele all'esercizio della patria potestà sui beni dei figli, suggerite, non da un sentimento di diffidenza verso la persona dell'amministratore, ma dall'esclusivo interesse dell'amministrato, al quale il difetto di attitudine nel genitore a gerire certi negozi avrebbe potuto riuscire di grave nocumento.

È evidente che l'affetto del genitore verso la prole, per quanto intenso esso sia, non potrà mai supplire al *difetto di capacità;* ed è perciò che il legislatore non poteva in questo punto stabilire logicamente alcuna differenza nel trattamento dei minori soggetti alla patria potestà od alla tutela, essendo in ambedue i casi identici i pericoli che si volevano evitare. In breve la diversità che vorrebbesi trovare tra l'art. 299 e l'art. 224 del Codice Civile non è SOSTANZIALE ma puramente di FORMA.

([1]) Borsari, Commento cit., art. 229.

([2]) V. *Eco di Giurisprudenza*, An. II, p. 238.

Gli avversarii della nostra tesi continuano dicendo che « *invano si oppone che se la legge fa una differenza tra la patria potestà e la tutela rispetto alla cura della persona del minore, non ne fa alcuna per riguardo all'amministrazione dei beni; imperocchè la differenza esiste appunto in ciò che l'art. 299 non è ripetuto sotto il titolo della patria potestà, ed è una pretta petizione di principio il negare questa differenza col dire che la legge non ne fa; ed inoltre altre molte differenze sono scritte nel Codice, anche riguardo ai beni, tra l'ufficio del genitore e quello del tutore* [1] ».

Una vera petizione di principio, diremo a nostra volta, è l'accusa che ci è mossa dai nostri contradditori, poichè noi non abbiamo mai contestato la differenza da loro accennata: soltanto appoggiati all'autorità di due sentenze della Corte di Appello di Bologna, di altre quattro della Corte di Genova, nonchè di altri giudicati di tribunali minori; di una numerosa schiera di illustri scrittori e magistrati come il Paoli, il Vidari, il Bonasi, il Borsari, il Pacifici Mazzoni, il Ricci, abbiamo sostenuto, e non mai cesseremo di sostenere, che la *differenza* a cui attribuiscono tanto peso, è *apparente, di forma, non sostanziale*, ben inteso sempre trattandosi di atti che eccedono il limite della semplice amministrazione.

Noi vediamo che i rischi e gli obblighi inerenti all'esercizio di un commercio sono identici, sia che

[1] V. Allegazione citata del senatore Cabella.

tale esercizio si assuma dal genitore investito della patria potestà o dal tutore; anzi in generale crediamo che quest' ultimo presenterebbe maggiore garanzia di capacità, dovendo naturalmente presumersi che o il testamento o il consiglio di famiglia, esistendo nel patrimonio del minore degli stabilimenti di commercio o d' industria di cui ravvisino utile la continuazione, abbiano cura di nóminare in quell' ufficio una persona fornita dei requisiti necessari. Dunque, per rapporto alla continuazione del commercio, tanto nella patria potestà che nella tutela, la ragione proibitiva della legge è la medesima.

L' aforisma, *qui dicit de uno negat de altero*, non può applicarsi alla decisione della presente controversia, perchè sarebbe contrario al motivo della legge. Rammentiamo le parole di Everardo [1] « *Ratio legis est anima legis, unde sicut anima do-* » *minatur corpori, ita ratio legis dominatur verbis* ». Lo stesso autore ci indica pure un' altra importantissima regola di interpretazione: « *Praeterea habemus in iure locum a simili a quo sumptum argumentum est probabile, utile et frequentissimum. Ubicumque est eadem ratio vel equitas, ibi debet esse eadem juris dispositio. Illa enim quae in radice et causa conveniunt, conveniunt etiam in effectu.* »

La ragione per cui la disposizione contenuta nell' art. 299, non fu inserita nel titolo ottavo relativo alla patria potestà è semplicemente questa che,

[1] *De locis legalibus f. lic.* 30.

mentre nelle discipline relative alla tutela il legislatore annoverò *tassativamente* gli atti uscenti dalla sfera dell'amministrazione, e doveva però necessariamente includere eziandio la continuazione dell'esercizio d'un commercio; in quelle invece concernenti la patria potestà, *accennati appena in via dimostrativa*, i principali atti che richiedono facoltà maggiori di quelle d'un amministratore, con una formale simmetria sottopose a presidio dell'autorifizazione giudiziaria tutti gli atti e le obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione (1).

Si dice essere un argomento assurdo quello di sostenere che, dal momento in cui il nostro legislatore all'art. 296, indicando gli atti vietati al tutore, non ripetè la limitazione contenuta nell'art. 224 colle parole: *od altre obbligazioni eccecedenti i limiti della semplice amministrazione*, rendevasi necessaria la speciale disposizione dell'art. 299; e si afferma che, di questa guisa, vengono attribuite al tutore facoltà maggiori che non al genitore investito della patria potestà, limitando quest'ultimo ai soli atti di semplice amministrazione, ed estendendo oltre questi limiti la facoltà del tutore (2).

Non dovremo certo durare molta fatica per dimostrare che, se qualcosa d'assurdo havvi in tutto ciò, si è un simile modo di ragionare. Osserveremo anzitutto come sia un fatto indiscutibile che nel-

(1) Corte d'Appello di Bologna 9 febbraio 1874, sent. cit.
(2) Cabella, allegaz. cit.

l'art. 296 il nostro legislatore indicò tassativamente una serie di atti che il tutore non può fare senza avere ottenuto l'autorizzazione del consiglio di famiglia, atti i quali tutti si considerano eccedere la semplice amministrazione. Applicando a quell'articolo l'aforisma legale, che è pure regola d'interpretazione; che, cioè, *tutto quanto la legge non vieta è lecito*, si veniva alla logica conseguenza che la continuazione di un commercio, nell'intenzione del legislatore, ritenevasi atto di semplice amministrazione; onde la necessità dell'art. 299.

Ma, ci si obbietta ancora, se nell'art. 296 sono enumerati tutti gli atti che eccedono la semplice amministrazione, per qual motivo non si fece parola della continuazione del commercio in questo stesso articolo? La disposizione dell'art. 299 non è affatto giustificabile qualora non si voglia riconoscere in essa una vera eccezione alla regola generale, vietando al tutore un atto il quale altrimenti sarebbe compreso tra le attribuzioni di un amministratore. A questa speciosa obbiezione risponde per noi la Corte d'Appello di Bologna nella ricordata sentenza.

« Invano, Essa dice, si tenta di desumere dal » confronto dall'art. 299 coll'art. 296 che la con- » tinuazione del commercio è per sè stessa un atto » di semplice amministrazione, il quale, indipenden- » temente da una disposizione proibitiva, non ecce- » derebbe le normali facoltà del tutore. E infatti, » posto pure per vero, che l'art. 299 contempli » per sè solo tutti gli atti vietati al tutore, come

» eccedenti la semplice amministrazione, non ne
» conseguirebbe che l'art. 299 non potesse avere
» altro significato che quello di far eccezione alla
» regola generale, vietando un atto di semplice
» amministrazione, perchè in questo articolo sono
» determinati i modi e le forme per l'alienazione
» e la liquidazione degli stabilimenti commerciali
» trovati nel patrimonio del minore, e stabilite le
» solennità sotto le quali può continuarsi il com-
» mercio.

» Che del resto il fatto stesso che l'art. 299
» fissa, come regola generale, l'alienazione degli
» stabilimenti d'industria e di commercio, e solo,
» in via d'eccezione, ne permette la continuazione,
» ma alla doppia condizione che vi concorra l'au-
» torizzazione del consiglio di famiglia e l'omolo-
» gazione giudiziale, basta ad escludere l'idea che,
» nel concetto del legislatore, la continuazione del
» commercio non sia che atto di semplice ammini-
» strazione poichè, mentre per molti atti che pure,
» per espressa dichiarazione della legge, eccedono
» gli attributi dell'amministrazione; essa si con-
» tenta della sola adesione del consiglio di famiglia,
» per questo, come per quelli atti che più grave-
» mente ponno compromettere la sostanza del mi-
» nore, esige ancora il concorso dell'autorizza-
» zione giudiziale ».

Per provare la grande differenza che, secondo loro, esisterebbe, tra l'amministrazione della patria potestà e quella della tutela, s'invocarono da taluni gli articoli 287 e 298 del Codice Civile; soste-

nendosi che, dal momento in cui non sono applicabili al genitore investito dalla patria potestà, altrettanto debbasi dire a riguardo del divieto espresso nell'art. 299 per la continuazione del commercio, quasi che fra tutte quelle disposizioni di legge esistesse la più perfetta analogia.

In verità non sappiamo comprendere come non siensi avvisti subito delle ragioui che indussero la Corte di Cassazione di Torino a sentenziare che la madre investita dalla patria potestà ha il diritto di ritirare dal depositario, senza autorizzazione del pretore, le cartelle del debito pubblico appartenenti al figlio, e conseguentemente non è nemmeno tenuta a farne il deposito nella cassa dei Depositi Giudiziarj, e tanto meno ad operarne la conversione in titoli nominativi, non essendo a lei applicabili gli articoli 287 e 298 che riguardano soltanto il tutore [1]. È facile scorgere come, in questo caso, l'eccezione stabilita a favore del genitore non sia che la logica conseguenza di quella maggiore fiducia che la legge giustamente in lui ha riposto: anzi, se ben si guardi, i valori di cui è cenno negli articoli 287 e 298 non potevano essere a più sicure mani affidati che a quelle del padre o della madre; laonde quelle formalità che la prudenza consigliava dirimpetto ai terzi, sarebbero state in questo caso del tutto inopportune.

In breve, gli articoli 287 e 298 non sono appli-

[1] Corte Cass. Torino, 12 maggio 1875.

cabili al genitore investito della patria potestà, per lo stesso motivo onde quest'ultimo venne esonerato dalla prestazione delle goarentigie imposte al tutore. Ma la cosa è ben diversa, trattandosi della continuazione del commercio, dove la fiducia del legislatore non si fonda sull'affetto paterno o materno, sì bene sulla certezza che l'esercizio del commercio sia veramente utile o necessario pel minore; giudizio codesto che esige speciali cognizioni ed un'intelligenza che possono fare difetto, così ad un tutore, come ad un padre e ad una madre affezionatissimi alla loro prole. Quì la diversità di persona non può esercitare veruna influenza sulla condizione giuridica del tutore o del genitore, poichè non varrebbe ad impedire le disastrose conseguenze che da un commercio, intrapreso o continuato senza matura ponderazione, potrebbero derivarne. Gli art. 287 e 298 costituiscono una delle poche eccezioni alla regola generale, secondo la quale le norme tracciate per la tutela, in quanto concerne l'amministrazione dei beni, sono applicabili anco all'esercizio della patria potestà; ma *exceptio firmat regulam.*

Un altro importante argomento per dimostrare che, nell'intenzione del legislatore, la continuazione del commercio venne cosiderata come un atto eccedente i limiti della semplice amministrazione, ci è offerto dal combinato disposto degli articoli 296, 299, 301, del codice Civile. Se diffatti il tutore può fare da sè gli atti di semplice amministrazione, e se tale è la continuazione d'un commercio, come

mai il legislatore avrebbe per essa imposto quelle stesse rigorose formalità che sono richieste per gli atti più gravi, i quali possono offendere l'integrità del patrimonio? Perchè mai non pago dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia, volle eziandio che la deliberazione di questo Consiglio fosse omologata dal Tribunale? Gli è senza dubbio perchè l'esercizio del Commercio comprende naturalmente la maggior parte di quelli atti d'alienazione, di pegno ecc. dei beni del minore pei quali, tanto nell'articolo 224 quanto nell'art. 301, è saviamente richiesta l'autorizzazione giudiziale.

La Corte d'Appello di Bologna osservava altresì che « se il mutuo senza distinzione alcuna di somma » eccede i limiti della semplice amministrazione, » evidentemente, e a più forte ragione, deve ritenersi che li ecceda l'esercizio del commercio il » quale implica la necessità di acquistare e di alienare, di formar crediti e contrarre debiti, di ricorrere all'uso della lettera di cambio, di impegnare, in una parola, i beni e la persona; tanto » più che a codeste operazioni è impossibile stabilire *a priori* un limite preciso, stante le vicissitudini alle quali, per la natura stessa delle cose, » il commercio va soggetto » (¹).

Si risponde, in contrario, che gli atti di amministrazione prendono il loro carattere dalla natura della cosa amministrata, e che gli stabilimenti di commercio non potendosi amministrare, se non

(¹) Corte d'Appello di Bologna 9 febbraio 1874. — Sent. ind.

comprando, vendendo, e facendo altre simili operazioni commerciali, queste operazioni ne costituiscono l'amministrazione. S'aggiunge che la legge qualifica con questo nome la gerenza delle società commerciali, e chiama *amministratori* coloro che sono obbligati a continuare il commercio nel nome di queste società.

Questa argomentazione è difettosa ed erronea pêr più motivi. Essa suppone, prima di tutto, che il tutore ed il genitore abbiano l'obbligo non di AMMINISTRARE i beni del minore, ma di amministrarli in una data forma e in un modo speciale, anche a costo di compromettere l'integrità del patrimonio. Che ciò non sia ammissibile lo dice, fra gli altri, il Richeri: *tum quia praecipitur tutori, ut res pupilli administret, tanquam bonus paterfamilias; non vero speciatim, ut consuetudinem patris retineat cuius forte industria praeditus non est.* [1] In secondo luogo si osserva che il moderno Codice Civile all'art. 224 parla di una amministrazione *semplice;* e questo indica chiaramente che, nell'opinione del legislatore, esiste un altro genere di amministrazione che non ha più quel carattere.

I limiti della SEMPLICE amministrazione sono tracciati appunto colla proibizione di compiere, senza la previa autorizzazione del Tribunale, alcuni determinati atti, i quali potrebbero intaccare il CAPITALE. Ma a questa categoria non appartengono certo nè l'alienazione dei frutti, nè gli acquisti di

[1] V. opera. L. e T. già citate.

oggetti necessari al mantenimento della famiglia, perchè è troppo evidente che non impegnano che i REDDITI patrimoniali. Il commercio invece non può esercitarsi senza compiere delle operazioni da cui può aversi un forte lucro; ma può anche derivarne la perdita completa del capitale; quindi la continuazione del commercio non può entrare nelle ordinarie attribuzioni del genitore.

Gli stessi avversari della nostra tesi confermano pienamente la distinzione da noi fatta, quando asseriscono che nel commercio la sfera degli atti di amministrazione si ALLARGA. La quistione insomma non istà nel vedere se il commercio possa far parte di un dato sistema di amministrazione, perchè tutti gli atti espressamente vietati dalla legge hanno la possibilità di esservi compresi; sì bene nell'esaminare se possa logicamente qualificarsi SEMPLICE l'amministrazione commerciale che, come a ragione avverte la Corte Bolognese, rende di sua natura indispensabile d'impegnare i *beni* e la *persona*.

L'albero si giudica dai frutti: il commercio produce necessariamente delle obbligazioni che eccedono i limiti della semplice amministrazione: dunque esso è di sua natura un atto che non dev'essere compreso nella sfera della semplice amministrazione.

Si sostenne pure che il Consiglio di famiglia nella tutela rappresenta il padre, e che perciò il tutore non esercita che un semplice potere esecutivo; soggiungendo che questa è la ragione per cui il genitore delibera da sè solo, secondo l'art. 224, se sia

o no conveniente continuare il commercio ereditario, cosa in cui egli stesso ha supremo interesse; mentre invece nella tutela ciò è vietato al tutore, e spetta al Consiglio di famiglia che ha preso il posto del padre ([1]).

Rendiamo grazie ai nostri contradditori di averci offerto un così valido argomento per dimostrare l'assurdità della tesi cui si affaticano a sostenere.

Invero, se tanto al genitore che al tutore sono vietati gli atti che eccedono la semplice amministrazione; e se il genitore può da solo, senza bisogno di alcuna autorizzazione, continuare il commercio, appunto perchè non eccede la semplice amministrazione; il consiglio di famiglia che terrebbe luogo del padre, dovrebbe avere logicamente la stessa facoltà. Ma allora come si spiega la disposizione dell'art. 299 il quale prescrive che la deliberazione del Consiglio di famiglia che autorizza la continuazione del commercio non è valida se non viene omologata dal Tribunale civile?

Havvi una sola spiegazione possibile, ed è, che la continuazione del commercio costituisce, nell'intenzione del legislatore, un atto che esce dai limiti della semplice amministrazione, e dev'essere quindi interdetto tanto al genitore che al tutore.

Non sapendo che cosa opporre ad una osservazione così incalzante, gli avversari si limitano a ripetere che nulla può supplire l'*affetto e l'interesse*

([1]) V. Cabella. Allegazione citata.

paterno: ma ciò è ben poco concludente, quando si consideri che, soltanto per gli atti i quali eccedono di gran lunga i limiti della semplice amministrazione, come quelli che possono intaccare l' integrità del patrimonio, venne imposto l'obbligo della omologazione giudiziale.

Si qualificò *vanissimo* il pericolo che può presentare l'esercizio di un commercio, e non si esitò a dichiarare che la liquidazione di uno stabilimento di commercio può talvolta tornar dannosa quanto, e più, della stessa sua continuazione.

Veramente se la legge togliesse in modo assoluto la possibilità al genitore o al tutore di compiere, in determinate circostanze, atti eccedenti la semplice amministrazione, i nostri avversari non avrebbero torto, ma tutte le loro obbiezioni vengono ad essere distrutte dal preciso disposto dell' art. 224 il quale riconosce che *possono per causa di necessità ed utilità evidente del figlio, e mediante l' autorizzazione del Tribunale civile,* essere dal genitore compiuti atti sorpassanti i limiti della semplice amministrazione.

Del tutto oziosa poi ci sembra la distinzione tra commercio da intraprendere e commercio da continuare, per dedurne che, se l'impianto di un nuovo traffico uscirebbe dall'ambito delle facoltà di un amministratore, la continuazione di un commercio, già avviato, non eccede i limiti della semplice amministrazione « poichè è troppo evidente che ob-
» biettivamente l'atto non cambia natura, e le
» necessità ed i rischi inerenti all'esercizio del com-

» mercio in entrambe le ipotesi rimangono gli
» stessi. — Le sole differenze che intercedono tra
» i due casi sono queste: che, mentre nell'impianto
» di un nuovo commercio tutto è incerto e conget-
» turale, nella continuazione d'uno già esistente
» l'esperienza del passato può essere, fino ad un
» certo segno, una garanzia per lo avvenire; che
» dippiù la continuazione d'un commercio già av-
» viato può essere imposta o raccomandata dalla
» considerazione che in essa risegga la sola o la
» principale risorsa degli amministrati: differenze
» che, essendo esclusivamente subiettive, non ponno
» far sì che l'esercizio del commercio, per la sua
» intrinseca natura, non sia nell'uno come nell'altro
» caso, un fatto eccedente i limiti della semplice
» amministrazione » [1].

Inoltre, come assennatamente osservavasi dal Tribunale di Commercio di Genova a proposito della predetta causa dei minori Cattaneo, quando un diverso concetto volesse ammettersi, verrebbesi a stabilire una distinzione nelle condizioni dei minori, secondochè il loro autore esercitava o no il commercio; più gravi e perigliose facendo quelle dei figli di un negozianze in confronto di quelle degli altri; locchè non puossi ammettere sia stato nella intenzione del legislatore, se si rifletta con quanta cura e con quanta precauzione esso miri a salvaguardare il patrimonio dei minori: e sarebbe d'altra parte altamente ingiusto, avvegnachè tutti essi,

[1] Corte d'appello di Bologna, sentenza citata.

senza distinzione, hanno diritto a quella tutela della legge sancita a favore dei minori in genere.

Anche prescidendo dagli argomenti di analogia desunti dall'art. 299 del Codice Civile, una ragione decisiva della questione ci è offerta dal disposto dell'art. 4 del Codice di Commercio. Dispone infatti il citato articolo: che i minori emancipati sì maschi che femmine, per poter esercitare il commercio ed essere reputati maggiori quanto alle obbligazioni da essi contratte per atti di commercio, devono essere autorizzati dal genitore, emancipante, *con atto da seguire davanti al Pretore*, e se furono emancipati dal Consiglio di famiglia o di tutela, devono essere autorizzati con deliberazione dello stesso Consiglio *omologata dal Tribunale* in conformità dell' articolo 319 del Codice Civile.

Stabilisce evidentemente due cose l'art. 4 del Codice di Commercio. La prima è che i *minori, anche emancipati*, non possono esercitare il commercio *colla sola autorizzazione del genitore emancipante;* ma è necessario che tale autorizzazione abbia luogo davanti al pretore; il che vale quanto dire che riceva la sanzione giudiziale. L'altra cosa stabilita dal detto articolo 4 si è che l'esercizio del commercio non solo *eccede la semplice* ammiministrazione, ma è uno di quelli atti che concerne la sostanza patrimoniale.

« E per verità i minori emancipati dal Consiglio
» di famiglia o di tutela per poter esercitare il com-
» mercio devono essere autorizzati con deliberazione
» del consiglio di famiglia omologata dal Tribunale

» in conformità dell'articolo 319 del Codice Civile:
» ma questo articolo distingue due classi d'atti del
» minore emancipato; quelli che eccedono la sem-
» plice amministrazione pei quali, oltre il consenso
» del curatore, è necessaria l' autorizzazione del
» Consiglio, e quelli che riguardano il patrimonio
» del minore emancipato in ordine ai quali le deli-
» berazioni del Consiglio sono soggette all'omolo-
» gazione del Tribunale in tutti i casi accennati dal-
» l'art. 301 che si riferisce agli atti di alienazione,
» di pegno od ipoteca dei beni del minore, di mutuo,
» di transazione, di compromesso e di divisione ».

« Dunque ben lungi dal potersi dire che l'eser-
» cizio d'un commercio costituisce un atto di sem-
» plice amministrazione, è a ritenersi invece che,
» giusta l'art. 4 del Codice di Commercio combi-
» nato coll'articolo 319 del Codice Civile, non so-
» lamente ecceda l'amministrazione stessa, ma co-
» stituisca anzi uno di quegli atti afficienti il patri-
» monio, non meno di quelli che sono indicati nel-
» l'art. 301 del Codice stesso. Da tutto ciò con-
» segue che, se l'esercizio del commercio per parte
» di un minore emancipato è, per disposizione te-
» stuale delle nostre leggi, un atto che eccede i
» limiti della semplice amministrazione, evidente-
» mente non può non esserlo pel minore non eman-
» cipato; e se quegli che ha per emancipante il
» genitore, lo può intraprendere colla autorizzazione
» di lui emessa davanti al pretore, il minorenne,
» pur tuttavia soggetto alla potestà del padre che
» lo rappresenta, non sarà mai pregiudicato dal

» semplice arbitrio di lui, che non potrà, giusta
» l'art. 224 del Codice Civile, esercitare un com-
» mercio a nome del figlio se non per causa di ne-
» cessità od utilità evidente, e mediante l'autoriz-
» zazione del Tribunale ». Queste dotte considera-
zioni si leggono in un' altra non meno lodata sen-
tenza della Corte di Appello Bolognese in data 17
settembre 1874, inserita nel numero 3. della *Rivi-
sta Giuridica* di quello stesso anno.

Non sappiamo quali serie obbiezioni possano
farsi ad una argomentazione così logica e strin-
gente.

Non certo che l' art. 4 del Codice di Commercio
sia una limitazione della capacità del minore eman-
cipato, sancita dall'art. 317 Cod. Civ., poichè,
come giustamente fu avvertito, una siffatta obbie-
zione sarebbe perentoriamente respinta dal tenore
dello stesso art. 4, in cui è detto che il minore
emancipato avrà bisogno dell' autorizzazione, ecc.,
per poter esercitare il commercio *ed essere reputato
maggiore quanto alle obbligazioni* contratte per atti
di commercio. Ora chi vorrà porre in dubbio che,
secondo il Cod. Civ. il minore emancipato non può
in modo alcuno essere reputato maggiore tanto per
le obligazioni civili che per le commerciali? Ep-
però chi vorrà porre in dubbio che il ripetuto ar-
ticolo anzichè una limitazione, sia un' ampliazione
alle disposioni del Cod. Civ. che regolano la ca-
pacità dei minori emancipati? [1] Nemmeno può

[1] V. Nota in. Giur. Comm. V. 1, Serie 2, p. 178,

negarsi ohe, in ordine dalla capacità, la condizione giuridica del minore emancipato, giusta l'art. 317 Cod. Civ. sia identica a quella della madre che amministra i beni del figlio a termini dell' art. 224 dello stesso Codice; dappoichè questi due articoli concedono la facoltà di fare soltanto gli atti non eccedenti i limiti della semplice amministrazione; per la qual cosa se l'esercizio del commercio si dovesse considerare come sorpassante questi limiti pel minore emancipato e non pel genitore, investito della patria potestà ed amministratore dei beni del figlio, la legge sarebbe caduta nella maggiore delle contraddizioni

Veggendo pertanto che la ragione e il diritto assistono in modo così evidente la tesi da noi propugnata, gli avversari dovrebbero convicersi che non può a meno di tornar vano contro di essa ogni sforzo d'ingegno e di eloquenza. E noi li vedemmo infatti già quasi vinti e rassegnati, quando a infonder loro novella speranza soppravenne una sentenza della Corte di Cassazione di Torino, la quale annullò il giudicato della Corte d' Appello di Genova nella ricordata causa dei minori Cattaneo, dando per ragione della pretesa differenza fatta dalla legge tra genitore e tutore, in ordine alla facoltà di continuare il commercio, *il vincolo diretto e strettissimo di sangue che lega il genitore ai figli, e il vivo affetto che naturalmente nutre verso i medesimi!*

Alle argomentazioni della Suprema Corte rispose spledidamente l' insigne professore Vidari in un

pregevolissimo scritto pubblicato nel n. 48, anno II del *Giornale delle Leggi* ([1]).

È poi degno di nota che in quella decisione la Cassazione di Torino contraddisse apertamente ai principî da lei stessa sanzionati nella causa Actis c. Biletta, e succesivamente in causa Rey Borzo c. Pastorino ([2]); ma più del repentino cambiamento di opinione, fece penosa impressione l'assoluta insufficienza dei motivi adotti per giustificarlo.

Infine l'erroneità della massima sancita dalla anzidetta Corte di Cassazione è dimostrata anche per induzione dal nuovo Codice di commercio che andrà ben presto in vigore, ed alla cui compilazione, per oltre dieci anni, lavorarono i piu eletti ingegni che vanti il foro italiano, valendosi dell'aiuto e dei consigli delle Corti di Cassazione, delle Facoltà giuridiche, delle Camere di commercio del regno, nonchè di chiarissimi giureconsulti sì nostrani che stranieri.

L'art. 11 del detto Codice è così concepito:

Il padre investito dalla patria potestà, ed il tutore, non potranno continuare l'esercizio di un commercio nell'interesse di un minore, se non vi sono autorizzati, il primo dal Tribunale civile, ed il secondo con deliberazione del Consiglio di famiglia, omologata dal Tribunale.

Si volle sostenere che siffatta disposizione di legge appartenendo all'*jure condendo,* non faceva che confermare maggiormente la contraria inter-

([1]) V. *Appendice*, p. 60.
([2]) V. *Legge*. 339, XIV, 30 novembre 1870.

pretazione attribuita all' art. 224 del vigente Codice civile.

Questo argomento manca di logica.

Infatti l'art. 11 del nuovo Codice di commercio non contiene alcuna deroga all'art. 224 del Codice civile, il quale rimane integro in ogni sua parte.

È essenziale però di ritenere che nell' art. 224 del Codice civile è rimesso al criterio del giudice il decidere se l' esercizio del commercio debba ritenersi come eccedente i limiti della semplice amministrazione: donde le discrepanze che si sono manifestate nelle scuole e nella giurisprudenza.

A risolvere definitivamente una controversia che si agita da troppo tempo con grave jattura delle famiglie, sorse il legislatore medesimo, il quale, ponendosi arbitro tra due opposti sistemi scientifici, fu costretto naturalmente di dare la preferenza a quella interpretazione dell' art. 224 del Codice civile che appalesavasi più razionale, meglio rispondente allo spirito della legge, e più vantagiosa ai minori. Tale e null' altra è la genesi dell' art. 11 del Codice di commercio che sta per essere pubblicato, e che, in riguardo alla continuazione del commercio, non ha sancito alcuna nuova disposizione di legge, ma semplicemente confermato quanto saggiamente, secondo la retta interpretazione dell' art. 224 del Codice civile, avevano statuito con ripetute sentenze le Corti di Bologna e di Genova, doversi, cioè, riguardare la continuazione del commercio come eccedente i limiti della semplice e ordinaria amministrazione.

Se in modo diverso si dovesse interpretare l' ar-

ticolo 224 del Codice civile, questo verrebbe a trovarsi in aperta opposizione colla nuova legge commerciale, essendo di tutta evidenza che, se la continuazione del commercio non esorbita dalla sfera della semplice amministrazione, il genitore non ha d'uopo per essa di alcuna autorizzazione; e così avverrebbe che un atto *valido*, secondo il Codice civile, sarebbe dichiarato *nullo* dal Codice di commercio!

Il nuovo Codice di commercio è dunque la più splendida confutazione della teorica accolta dalla Cassazione di Torino, e giustamente ripudiata dalla Corte d'Appello di Genova in una sua recentissima ed elaborata sentenza [1], nella quale sono dottamente esposte le ragioni per cui non credette doversi discostare dai principî precedentemente stabiliti.

II.

Oltre all'affermare che l'esercizio del commercio dee riguardarsi come un atto di semplice e ordinaria amministrazione, si volle sostenere [2] che, in conseguenza dell'usufrutto legale competente al genitore investito della patria potestà, questi ha il diritto di godere dei beni dei figli minori, nello stato in cui si trovano, e con tutti i profitti relativi, e quindi anche di un negozio caduto nella

[1] V. *Appendice*, p. 68.
[2] V. Cabella — Alleg. cit.

costoro successione, il quale perciò non potrebbe essere alienato senza il consenso del genitore medesimo.

Poche osservazioni dimostreranno l' assurdo cui condurrebbe il principio suaccennato.

Anzitutto è bene avvertire che nell' art. 496 del Cod. civ. non è detto già che l' usufruttuario abbia *il diritto* di godere delle cose nello stato in cui si trovano, bensì ch' egli *deve prendere le cose* nello stato in cui si trovano; il che vale quanto dire che non gli è concessa alcuna giuridica azione verso il proprietario pel cattivo stato in cui le cose si fossero al momento nel quale egli ne assume l' usufrutto.

Ma se l' usufruttuario non avrà diritto di querelarsi del deterioramento in cui la cosa si trova, è certo che egli dovrà rispondere di fronte al proprietario di tutti i deterioramenti successivi, poichè a termini dell' art. 477, ha bensì il diritto di godere delle cose nel modo che ne godrebbe il proprietario, ma coll' obbligo di conservarne la sostanza: in altri termini, se egli ha *l' ius utendi et fruendi* gli manca però *l' ius abutendi*, che è il carattere distintivo della proprietà. Per la qual cosa ove, per la mala amministrazione, i beni soggetti all' usufrutto corressero pericolo di perdersi, incomberà l' obbligo all' usufruttuario di togliere le cause di questa mala amministrazione, facendo in modo che venga assicurata l' integrità del patrimonio. Invece col sistema tratto in campo dalla parte avversaria, si verrebbe a questa strana con-

seguenza, che, se pel modo di amministrare usato dal proprietario, potesse venir dissipato l'interò patrimonio, l'usufruttuario avrebbe facoltà di regolarsi nella stessa maniera, non consultando che il proprio capriccio e l'utile che fosse per derivargliene! Ammesso pertanto che l'usufruttuario debba conservare le cose nella loro sostanza, è evidente che egli dovrà astenersi da tutte quelle operazioni le quali possono nuocere all'integrità del patrimonio, e quindi dall'esercizio del commercio in cui è insita l'idea di *rischio*. Può darsi che una operazione commerciale vada a male, che ci sieno delle perdite non lievi, e queste verrebbero a ricadere necessariamente non tanto sul semplice diritto d'usufrutto, quanto sulla vera proprietà della cosa. Certo può avvenire talvolta che la continuazione di un commercio si ravisi utile o necessaria; ma di questa utilità e necessità il solo Tribunale civile dovrà esserne giudice, secondo il preciso disposto dell'art. 224 del Cod. civile. Assolutamente erronea è parimenti l'eccezione desunta dall'articolo 497, quasi che venendo il genitore, investito dalla patria potestà, esonerato dall'obbligo di prestar cauzione per l'usufrutto legale che egli ha sui beni dei suoi figli minori, cessasse di avere vigore per lui quanto relativamente all'esercizio del diritto d'usufrutto fu prescritto dall'art. 477 del Codice civile.

III.

Relativamente alle conseguenze giuridiche nascenti dall' esercizio del commercio per parte di una madre avente la patria potestà, i nostri contradditori nella citata causa Nicod, Carrel-Cattaneo, proponevano questo ingegnoso dilemma:

O la madre continuò legalmente il commercio dei minori, e allora costoro sono proprietarii del negozio, ma sono altresì debitori per le obbligazioni commerciali da essa contratte verso gli attori, i quali hanno diritto di sequestrare i beni del negozio come proprietà dei minori loro debitori.

O la madre ha esercitato illegalmente il commercio paterno, sicchè i minori possano dirvisi estranei; e allora il negozio appartiene alla madre, e i creditori di esso hanno il diritto di sequestrare i beni del negozio *come proprietà della madre* (1).

Evidentemente se la prima parte del dilemma era logica, altrettanto non poteva dirsi della seconda. Era ovvio infatti che i sigg. Nicod e Carrel per poter invocare con qualche fondamento l' aforisma - *res empta pecunia mea non fit mea*, avrebbero dovuto provare che la vedova Cattaneo aveva il diritto o la facoltà di servirsi legittimamente del denaro dei minori. Altrimenti si veniva a stabilire l' assurdo ed immorale principio, che tanto il genitore che il tutore, continuando *illegalmente* il com-

(1) V. Cabella. Note stampate a difesa di Nicod-Carrel nanti la Corte di Genova.

mercio a nome di un minore, possano *legalmente* privarlo della proprietà del negozio da lui ereditato. In altri termini, colui il quale indebitamente s'appropria il denaro altrui, verrebbe ad acquistare legalmente la proprietà delle cose comprate col denaro non suo, e il derubato non potrebbe esperire nelle cose medesime alcun diritto!

I nostri contradditori avevano adunque erroneamente applicato il principio *res empta pecunia mea non fit mea*; ed una prova di questo errore ci fu offerta dal passo di diritto romano, da loro stessi citato e che stimiamo opportuno di qui riprodurre unitamente al comento che ne abbiamo dato in quella circostanza:

« *Altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, haerede filio, patruus tutor, venditis omnibus negotiationis mercibus et sibi redemptis, negotium suo nomine exercuit. Quæsitum est, utrum compendium negotii, an usuras pecuniae præstare debeat.*

Respondi, secundum ea quae proponuntur, pupillo usuram non compendium præstandum.

« Anzitutto per la retta intelligenza di questo testo è d'uopo ritenere una circostanza essenzialissima, che, cioè, colla morte di uno solo dei soci, addivenivasi in diritto romano allo scioglimento del contratto di società, come rilevasi chiaramente dalla L. Actione pro socio par. Morte. — *Morte unius socii, societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in coenda societate aliter convenerit.* Quindi una

prima conseguenza: che lo zio tutore, a seguito della morte del fratello, non solo poteva, ma anzi *doveva* addivenire alla liquidazione del patrimonio sociale; e abbiamo detto *doveva,* perchè il giureconsulto non fa menzione di veruna clausola speciale, e siccome le eccezioni non si presumono, così è evidente che il tutore nel caso accennato era obbligato ad attenersi alla regola generale indicata dalla legge.

Operatasi la liquidazione, il tutore non rimaneva debitore verso il minore che di una porzione del prezzo ricavato dalla vendita delle merci, eguale alla quota d'interessanza sociale del minore stesso. Se non che il giureconsulto Scevola ci avverte che le merci del negozio, già comune per effetto della società, furono riacquistate dal tutore. E qui Bartolo ci suggerisce una distinzione importantissima, secondo che le merci furono comperate dal tutore *cum pecunia propria, aut communi;* non essendovi dubbio che nel primo caso, esercitando egli il commercio in nome proprio, il pupillo non avrebbe alcun diritto agli utili del negozio, perchè le merci sarebbero state acquistate esclusivamente col denaro del tutore, epperò il pupillo dovrebbe star pago di conseguire gli interessi sulla porzione di capitale che fosse risultata in suo favore a seguito della liquidazione della società. Diversamente accadrebbe nel secondo caso, quando tutte le merci fossero riacquistate col denaro comune, col ricavo, cioè, della liquidazione della società. Allora il pupillo avrebbe certo diritto agli utili del negozio perchè — *tunc quia res empta communi pecunia, ef-*

ficitur communis (1). — Tale è la vera ed unica interpretazione da darsi al testo di diritto romano citato dai nostri avversarî, cui siamo grati di averci fornito un così valido aiuto per confutare l'affermazione contenuta nella seconda parte del loro dilemma. Infatti come mai avrebbe potuto la vedova Cattaneo acquistare la proprietà delle merci esistenti nel negozio, se le stesse furono da essa o da chi per essa comperate, non *pecunia sua propria aut communi*, ma di esclusiva spettanza dei minori? E se la madre negoziando *nomine communi*, avrebbero avuto i minori il diritto di pretendere il *compendium* del negozio, in qual modo possono essere privati di questo diritto dal momento in cui, la loro madre, non solamente acquistò le merci col loro denaro, ma non poteva negoziare *nomine proprio vel communi* senza l'autorizzazione del Tribunale civile? — Fra il caso menzionato dal giureconsulto Scevola e quello dei minori Cattaneo non vi può essere termine di confronto possibile; perchè nel primo caso abbiamo un tutore il quale acquista per suo conto e col proprio denaro delle merci che a seguito ad una liquidazione prescritta dalla legge, non avrebbero più potuto far parte del patrimonio commerciale del pupillo, e viene perciò a creare un *nuovo commercio*, cui il pupillo è per-

(1) Pro declaratione huius Gl. distingue secundum Bartolum: hic aut negotiatur nomine communi, aut suo proprio, aut dubitatur. Si communi non est dubium quod compendium est commune. Sed secundo casu, quando nomine proprio; tunc aut de pecunia communi cum pupillo, aut de propria dubitatur. Si de communi, tunc quia res empta efficitur communis, comunicabitur compendium. (*Acc. Dig. L. Si Titium. par. Altero*).

fettamente estraneo, come ci insegna la *glossa* commentata dal Bartolo — *Dic: ibi agi de compendio alterius negotiationis.* Nel secondo caso invece, essendosi continuato il commercio col capitale dei minori, questi conservano la proprietà del fondo del negozio, ed hanno inoltre il diritto d'intentare l'azione di nullità per le obbligazioni illegalmente contratte in loro nome, ogniqualvolta non ne derivi un accrescimento, sì bene una diminuzione del loro patrimonio (1) ».

Un altro errore conteneva, a nostro avviso, l'argomentazione avversaria, vale a dire, di considerare il fondo del negozio, non già come un ente il quale ha un'esistenza propria, distinta dalle variazioni cui, per la natura stessa del commercio, devono necessariamente andare soggetti gli elementi che lo compongono, essendo l'idea del commercio inscindibile da quella di *scambio*; ma di avere appunto ritenuto che col variare degli oggetti che lo costituiscono, muti eziandio la proprietà del fondo del negozio. Ed ecco spiegato come l'egregio difensore dei signori Nicord e Carel abbia potuto venire alla strana conseguenza di attribuire, in causa dell'esercizio illegale del commercio, la proprietà del fondo del negozio, caduto nell'eredità dei minori Cattaneo, alla costoro madre, che non ebbe mai, nè poteva avere, sul negozio stesso che un semplice diritto d'usufrutto.

La Corte d'Appello fece buon viso a queste

(1) Così nello *scritto* da noi pubblicato in risposta alle suddette *note* dell'avvocato Cabella.

nostre osservazioni, soggiungendo che « se al momento in cui l'usufrutto legale della vedova Cattaneo stava per aver vita, il negozio che al medesimo sarebbe stato soggetto, doveva essere venduto, perchè, senza l'autorizzazione giudiziale o del consiglio di famiglia omologata dal Tribunale, gli stabilimenti commerciali o d'industria che si trovano nel patrimonio del minore devono essere alienati, chiaro è che l'esercizio del negozio, continuato dalla vedova abusivamente, non può aver trasferito in essa la proprietà delle cose che costituivano il commercio del defunto marito, spogliandone i costui eredi legittimi, ed attribuendo ai medesimi un semplice credito personale che potrebbe correre pericolo di perdita totale nel caso d'insolvibilità della debitrice ».

Avvertiamo in ultimo come il dottissimo Samuele Strykio nella celebre opera intitolata — *specimen usus moderni pandectarum* (1) — faccia a sè stesso il quesito: *an hodie res pecunia pupilli proprio nomine empta pupilli sit,* e così lo risolva:

Adeo vero tutor omnia quicquid in rebus pupilli egit, nomine pupilli egisse censetur, ut si pecunia eius praedia in nomen suum emerit, utilis actio pupillo detur ad rem vindicandam — L. 2, D. h. t., L. 3, *c. eod. quod nec hodie aliter sese habet, prout nonnullis praejudiciis confirmat* Carpz., p. 2, c. 11, def. 21, *cum licet tutor in suum nomen emerit, nihilominus tamen actum fuisse censeatur nomine pupilli,* L. 46,

(1) V. il vol. 15, col. 366, par. 4 delle opere complete edite a Firenze da Giuseppe Celli, anno 1841.

p. 2, D. *de adm. tutor. Neque contra hanc paesumptionem audiendus est tutor, asserens, se pecuniam pupilli in proprium usum convertisse, cum hoc legibus proibitum sit,* l. 46 cit., *ut ita revera allegaret propriam turpitudinem, quam in suum commodum trahere nequit. Electio tamen pupillo competit, utrum pecuniam repetere, an vero in ipsam rem pecunia sua quaesitam agere velit,* Lauterb, h. t., par. 3, *quae electio ipsi maxime extra concursum proficua est; eo enim modo, plerumque consultius pro pupillo est, rei ipsae incumbere, quam in personam agere.*

Noi crediamo che la soluzione indicata dallo Strykio sia applicabile all' ipotesi della continuazione illegale del commercio di cui ci siamo occupati;. poichè, in mancanza dell' autorizzazione giudiziale, dovendosi tutte le obbligazioni commerciali ritenere contratte in nome esclusivo del genitore, non vi ha dubbio che ai creditori non potrebbe competere alcuna azione sulle cose di un negozio il quale era, e continuerebbe a rimanere, proprietà del minore soggetto alla patria potestà.

Un' unica eccezione dovrebbe farsi a questa regola, nel caso in cui o il figlio minorenne fosse stato dal genitore preventivamente indennizzato delle perdite sofferte, per modo da essere assicurata, nonostante il pagamento dei debiti commerciali, l' integrità del suo patrimonio, o questo, per effetto del commercio, anzichè diminuito risultasse aumentato; nel qual caso soccorrerebbe ai creditori la massima di naturale giustizia: *licere nemini cum aliena jactura locupletari.*

APPENDICE

ESERCIZIO DI COMMERCI [1]

Una delle questioni più gravi, che si agitano oggi nella giurisprudenza intorno agli *atti di semplice amministrazione*, è quella che concerne la *continuazione, nell' interesse dei figli minori soggetti alla patria potestà, dell' esercizio di uno stabilimento di commercio.*

Una siffatta questione nasce, naturalmente, nel caso assai frequente che muoia un padre di famiglia *commerciante*, e rimanga superstite la madre, nella quale trapassa, secondo gli ordinamenti nostri, l' esercizio della patria potestà.

Or bene questa madre *per continuare*, *nell' interesse dei figli passati sotto la sua patria potestà*, *il commercio paterno*, avrà ella o no bisogno della autorizzazione giudiciale? O in altri termini, la continuazione di un esercizio commerciale è o no

[1] Estratto dal vol. 5.° della Biblioteca Didattico-Legale. — Nozioni elementari di Diritto Civile per Baldassarre Paoli, primo presidente della Corte d' Appello, senatore del Regno. — Dei figli di famiglia e dell' instituto della patria potestá secondo il Codice civile italiano. — Genova, tip. del R. Istituto Sordomuti.

un atto che ecceda i limiti della semplice ed ordinaria amministrazione?

Parve ad alcuni (e molte decisioni andarono in questo concetto), che l'autorizzazione non sia necessaria, e che quindi la madre, dove lo stimi utile pei figli, possa *liberamente* continuare nell'interesse loro quei commerci che si esercitarono dal predefunto suo marito.

Coloro, i quali sono di questo avviso, vanno considerando come il medesimo trova appoggio nelle disposizioni stesse della legge; imperocchè mentre si fa espresso divieto ai tutori [1] di *continuare l'esercizio degli stabilimenti di commercio o d'industria, che si trovino nel patrimonio del minore senza la permissione del consiglio di famiglia, omologata dal tribunale*, di ciò tace affatto la legge nelle disposizioni concernenti la patria potestà. Il qual silenzio, oltre al valore giuridico che ha per sè come argomento di interpretazione, trova pei sostenitori di questa opinione la sua ragione nel maggior favore, col quale la legge tratta sempre i genitori, conferendo loro facoltà e poteri assai più ampli di quelli conferiti ai tutori.

Altri invece ritennero errore gravissimo, il risguardare la continuazione dell'esercizio di uno stabilimento commerciale come atto di semplice amministrazione, sì perchè un siffatto esercizio è per sè medesimo cosa piena di rischi e di pericoli; e sì perchè occorrono continuamente pel medesimo

(1) Codice civile, art. 299.

molte di quelle operazioni (*alienazioni*, *pignoramenti*, *mutui*) che l'esercente la patria potestà non può validamente porre in essere senza l'autorizzazione del giudice.

Io non esito a dichiarare che propendo per questo secondo concetto, il quale mi sembra confortato da ragioni validissime.

In primo luogo ragione non v'è, per la quale, di fronte ai pericoli, che circondano sempre le speculazioni commerciali e ai gravi disastri che di momento in momento ed anco senza colpa di chi sopraintende ad una azienda mercantile, possono condurre a rovina il patrimonio di un commerciante, i minori soggetti alla tutela debbano avere più garanzie dei minori soggetti alla patria potestà.

In secondo luogo è da osservarsi che, se nel caso di un tutore la legge gli vieta di impegnarsi in un commercio senza l'intervento od il permesso del magistrato; a più forte ragione questo intervento e questo permesso apparisce necessario per una madre: la quale, tuttochè proba ed esperta nel maneggio delle faccende domestiche e anco nel regime di una amministrazione ordinaria, può spesso mancare, per la stessa sua educazione, di quelle peculiari attitudini che occorrono per governare e far prosperare uno stabilimento di commercio o di industria.

Nè mi pare, che abbia alcun valore l'argomento desunto dal silenzio del legislatore, il quale non vieta ai genitori, come fece pei tutori, di continuare liberamente il commercio nell'interesse dei minori,

perchè la disposizione scritta nell'art. 224 non è *tassativa* ma *dimostrativa;* e prescrive l'intervento del giudice per tutti gli atti che eccedono i limiti di una ordinaria amministrazione: ed è evidente che atto di ordinaria amministrazione non può considerarsi nè la continuazione di una industria nè la speculazione commerciale (*a*).

(*a*) La questione è antica; e cominciò sotto l'impero del Codice Albertino.

Però è da notarsi che quel Codice non conteneva, rispetto ai tutori, il divieto scritto nell'art. 229 del Codice civile italiano, e che l'art. 232, che limitava i poteri amministrativi del padre, a differenza del nostro art. 224, era *tassativo* e contemplava esclusivamente le alienazioni, le obbligazioni, le ipoteche.

Laonde non e da maravigliarsi, se vigente quel codice, nella giurisprudenza subalpina, prevalse il concetto che il tutore o la madre tutrice potessero continuare l'esercizio di un negozio esistente nel patrimonio pupillare, senza bisogno di avere l'autorizzazione nè dal consiglio di famiglia nè dal tribunale.

Le decisioni pronunziate su questo argomento dalle Corti di Torino, di Genova e di Casale sono citate dalla *Temi Casalese*. Vol. I, p. 222 in una nota alla sentenza in causa *Zucchella* e *Zucchella*, e dalla *Giurisprudenza* di Torino, an. XI, 1874, pag. 214 in una nota alla decisione *Quaglino* e *Bronzino*.

Sotto l'impero del Codice civile italiano la giurisprudenza è discorde, ma può dirsi che prevalga la opinione, per la quale noi propendiamo.

Ed invero, se vi furono due decisioni della Corte d'appello di Torino, una del 1 settembre 1870 in causa *Carbucio* e *Morsa*, riferita nel *Monitore dei Tribunali di Milano*, an. XII, p. 882, e nella *Gazzetta dei Tribunali di Napoli*. an. XXI, pag. 588, e l'altra del 27 gennaio 1874 nella citata causa *Quaglino* e *Bronzino*, riferita nella *Giurisprudenza di Torino*, an. XI, a pag. 214 e negli *Annali di Giurispr. Italiana*, an. VIII, P. 2,

pag. 326; le quali ritennero, che la madre, investita, dopo la morte del marito, della patria potestà, può liberamente continuare l'esercizio di uno stabilimento di commercio; andarono in contrario senso e ritennero la necessità dell'autorizzazione la Corte d'appello di Bologna colle due dotte decisioni, la prima del 9 febbraio 1874 nella causa *Zanelli* e *Pallotta* riferita negli *Annali della Giurisprudenza Italiana*, VII, 2, 242; e l'altra del 18 settembre dello stesso anno, pubblicata nella *Rivista giuridica di Bologna*, an. III, pag. 26; il Tribunale di Pisa con sentenza del 19 novembre 1875 pubblicata nella *Legge*, an. 1876, pag. 77 e il Tribunale di Commercio di Genova con sentenza del 31 ottobre 1877, confermata poi dalla Corte d'appello, nella causa *Nicod Carrel* e *minori Cattaneo* riferita nell'*Eco di Giurisprudenza di Genova*, an. II, pag. 238; e nella quale fu pubblicata per le stampe e merita di essere letta su questa materia una bella memoria dell'avvocato Camillo Bo.

Uno degli argomenti coi quali le decisioni più recenti sostennero la necessità dell'autorizzazione, e che mi pare di grandissimo valore è il seguente; vale a dire — che per l'art. 317 del Codice civile il minore emancipato *non può fare atti che eccedono la semplice amministrazione;* — che per l'art. 319 al minore emancipato il quale fa *atti eccedenti la semplice amministrazione* occorre l'autorizzazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale; e che per l'art. 4 del Codice di commercio il minore emancipato non può senza autorizzazione esercitare il commercio. — Dunque l'esercizio di un commercio è di natura sua un atto eccedente i limiti della semplice amministrazione — Dunque l'avente patria potestà non può per l'art. 224 del Codice civile assumere o continuare quell'esercizio senza l'autorità del giudice.

Se il genitore che esercita la patria potestà possa, senza autorizzazione di Tribunale, continuare, nell'interesse del figlio minore, ad esercitare lo stabilimento mercantile da questo ereditato (1).

Disputatissima tesi in dottrina ed in giurisprudenza, ed intorno a cui si addestrò anche l'ingegno acuto e preciso del Paoli nelle sue belle *Nozioni elementari di diritto civile.* A favore della negativa si possono noverare le seguenti sentenze: Corte d'appello di Bologna, 9 febbraio e 18 settembre 1874; Corte d'appello di Genova, 25 maggio 1878. A favore dell'affermativa le seguenti: Corte d'appello di Bologna, 8 ottobre 1873; Corte d'appello di Torino, 1.° settembre 1870, 27 gennaio 1874 e 17 agosto 1879; Corte di Cassazione di Torino, 18 agosto 1880. È di quest'ultima sentenza che vogliamo occuparci, come quella che, per l'autorità della Corte giudicante e per il vigore delle argomentazioni merita speciale riguardo.

Essa dice: « atteso che quest'esercizio, quest'amministrazione non potendo aver luogo senza una serie continua e alternativa di atti di compra e di vendita di merci, di debiti e crediti corrispondenti, di conti correnti, di operazioni di tali atti, lungi dal potersi giuridicamente considerare come atto

(1) Scritto critico del prof. Ercole Vidari intorno alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino, in causa Nicod Carrel — minori Cattaneo, 17 agosto 1880 (V. *Eco di Giurispr.*, IV, 2-321). — Estratto dai *Giornale delle Leggi* anno 11, N.° 48.

eccedente i limiti dell'amministrazioue, costituisce l'essenza della medesima, e la vita dell'ente amministrato, e così il modo proprio e naturale di conservare ciò che formava la parte precipua della successione devoluta ai minori. — Attesochè nel vigente Codice civile non si riscontra alcuna disposizione, la quale imponga al genitore esercente la patria potestà l'obligo di alienare o liquidare gli stabilimenti di commercio od industria cadenti nelle successioni, che si devolvono al figlio minore, nè che gli proibisca di continuarne l'esercizio e l'amministrazione nell'interesse del medesimo senza l'autorizzazione del Tribunale. Che tale proibizione, anzichè trovarsi sancita, si presenta esclusa dai termini dell'art. 224 del detto Codice, dappoichè siffatto articolo, mentre dichiara che il padre (e così pure la madre esercente la patria potestà, a mente dell'art. 231) rappresenta il figlio minore in tutti gli atti civili, e ne amministra i beni (fra cui vanno indubbiamente compresi gli stabilimenti di commercio, che, come nella specie, ne costituiscono, o concorrono a costituire il patrimonio), enumera e specifica nel primo capoverso gli atti che il genitore esercente la patria potestà non può fare senza l'autorizzazione del Tribunale, e niuno di essi si può ravvisare applicabile alla continuazione di un commercio, negozio od industria cadenti nella eredità devoluta al minore. Che infatti gli atti di questa continuazione non possono classificarsi nè fra quelli di alienazione di ipoteca o dazione in pegno dei beni dei figli, perchè tendono all'opposto

alla conservazione dei beni stessi, nè fra gli atti di mutuo od altre obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione, mentre sono anzi inerenti all'amministrazione stessa, che senza di essi non può esercitarsi, e neppure esistere ».

Questa lunga argomentazione tende, adunque, a dimostrare: 1.° che, in genere, tutti gli atti richiesti per esercitare uno stabilimento mercantile si hanno sempre e naturalmente a ritenere atti di semplice od ordinaria amministrazione come quelli senza di cui tale esercizio non sarebbe possibile; 2.° che, in ispecie, l'alienare, l'ipotecare, il dare a pegno, l'assumere mutui, non sono atti che eccedono i limiti della semplice amministrazione.

In quanto alla prima obbiezione, osserviamo, innanzi tutto, che se gli atti necessarii a esercitare uno stabilimento mercantile si devono sempre e naturalmente ritenere di ordinaria amministrazione, bisogna conchiudere che in codesto esercizio non siano mai possibili atti di straordinaria amministrazione. Imperocchè, altrimenti, quali sarebbero codesti atti? Ora, è ciò vero, è logico, è conforme alla natura delle cose?

Quì, evidentemente, quello che trasse in errore la Corte di Cassazione è il diverso significato che si può attribuire alla dizione: « semplice, ordinaria, amministrazione ». - Certo, nel significato comune, « semplice, ordinaria amministrazione », designa quel complesso di atti che, più del solito, ricorrono, si ripetono cioè, nel giro di una certa azienda. Ma nel significato giuridico, o in quello almeno del

nostro Codice civile, per « semplice, ordinaria amministrazione » si intendono gli atti che hanno per iscopo di trarre da una certa cosa, da un certo bene, i frutti naturali e civili di cui esso è capace, senza alterarne od anche solo modificarne la sostanza. Riscuotere, pagare, dare a fitto, a pigione, locare, ecc., ecco altrettanti atti di ordinaria amministrazione. Però, chi non vede che ben maggiori facoltà richiede l'esercizio, pure ordinario, abituale, di uno stabilimento mercantile? Se così è, non fu che per uno scambio inavvertito (del resto, facilissimo) di significati, che la Corte di Cassazione di Torino potè venire a quella conclusione.

In quanto alla seconda obbiezione, ci pare più manifesto ancora l'errore della Suprema Corte. Dire che l'alienare, l'ipotecare, il dare a pegno ecc., in materia commerciale, non sono atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, perchè, per essi, il genitore che esercita la patria potestà si propone anzi di meglio conservare i beni del proprio figlio; ci scusi la Suprema Corte, è un giuoco di parole. Forse che, in materia civile, per mezzo di alienazione, di ipoteca, di pegno ecc. il padre non possa avere, del pari, per iscopo di meglio conservare, con opportune operazioni, il patrimonio del figlio minore? E allora, se la proibizione dell'art. 224 vale incontestabilmente in materia civile, perchè non varrà anche in materia commerciale? Poichè l'alienare, l'ipotecare, il dare a pegno, se può, talvolta, significare: miglioramento della condizione economica del minore; talvolta può anche signifi-

care peggioramento di questa condizione; la legge per difendere più che è possibile gli interessi del minore, e per conoscere se codesti atti sieno davvero richiesti dal di lui vantaggio, vuole che non si possa dar mano ad essi se non mediante l'autorizzazione del Tribunale civile. E siccome la legge dispone in genere, senza distinguere fra atti civili e commerciali, e per gli uni e per gli altri vi sono gli stessi pericoli e gli stessi interessi da difendere, qualunque distinzione di interprete è arbitraria.

La Corte di Cassazione continua: « Attesochè il legislatore italiano ben conoscendo come, giusta il diritto e la giurisprudenza anteriore, la continuazione di un commercio o di un'industria cadente nell'eredità devoluta al minore, si ritenesse naturalmente compresa nell'ufficio, non solo del padre, ma anche del semplice tutore, senza bisogno di alcuna speciale autorizzazione, volle bensì limitare, come limitò, i poteri del tutore in tale materia, vietandogli nell'art. 299 del Codice civile la continuazione del commercio in nome e per conto del suo amministrato, senza la deliberazione del consiglio di famiglia omologato dal Tribunale, ma così non fece riguardo al genitore esercente la patria potestà: ed è quindi giuocoforza conchiudere, avere lo stesso legislatore lasciato, o voluto lasciare, al genitore superstite la facoltà di continuare, senza necessità di alcuna autorizzazione speciale, il commercio o negozio compreso nell'asse ereditario devoluto al figlio minorenne; altrimenti non si saprebbe comprendere come mai la nuova legge, la

quale ebbe cura di ben precisare e distinguere, in separati titoli, le attribuzioni del genitore esercente la patria potestà, e quelle del tutore, abbia nello stesso tempo voluto confonderle insieme, estendendo al primo di essi, senza neppur farne parola, disposizioni e proibizioni scritte espressamente e restrittivamente pel secondo ».

Intanto, potremmo rispondere che, avendo il legislatore poste le limitazioni dell'art. 224, non era necessario che dicesse espressamente del divieto di continuare nell'esercizio dello stabilimento mercantile ereditato dal minore; mentre tale divieto è virtualmente, ma necessariamente, compreso in quell'articolo. Poi, il caso disciplinato nell'art. 299 non è identico a quello di cui diciamo noi. Là si tratta di un caso quasi eccezionale, è per cui occorre, oltrecchè una apposita deliberazione del consiglio di famiglia, anche l'omologazione del Tribunale. Qui si tratta, invece, di un caso normale e per cui non occorre che la autorizzazione del Tribunale. Vogliamo dire, insomma, che i casi non essendo appunto identici, non si può argomentare da ciò che la legge dice per uno di essi a ciò che, essa tacendo, le si vorrebbe far dire per l'altro. Sono due casi retti ciascuno da proprie particolari discipline; perchè altro è che un minore non abbia più alcuno de' suoi genitori, ed altro che egli abbia ancora il padre o la madre.

Da ultimo dice la Corte di Cassazione: « Attesochè la ragione della differenza fatta dalla legge tra il genitore e il tutore è troppo chiara da sè

stessa per aver d'uopo di dimostrazione; giacchè ognun vede che il vincolo diretto e strettissimo di sangue che lega il genitore ai figli, il vivo e fortissimo affetto che naturalmente nutre verso i medesimi, l'ardente suo desiderio della loro prosperità, pari, se non maggiore, a quello della propria, e l'interesse supremo che lo spinge a promuoverne in ogni modo il benessere, ed a conservarne e, possibilmente, migliorarne i beni, dei quali ha pure l'usufrutto, somministrano al certo per la sua gestione una garanzia che manca al semplice tutore ».

Per provar troppo, la Corte di Cassazione prova nulla. Difatti, se l'autorizzazione del Tribunale per la continuazione dello stabilimento mercantile ereditato dal minore, non ha da esser richiesta per causa del molto affetto e del molto interesse che il genitore nutre per il proprio figlio; perchè, allora, trattandosi di affari civili sarà tuttavia necessaria l'autorizzazione del Tribunale, quando si voglia alienare, ipotecare, dare a pegno, o compiere in genere atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, come risulta ineluttabilmente dall'art. 224? Non è egli più, allora, genitore? Non ha più, allora, affetto o interesse per il proprio figlio? Anzi, non è logico che, essendo molto più pieni di rischi e di pericoli gli affari commerciali, che non gli affari civili, sia anche più severa e continua la vigilanza della legge per quelli, anzichè per questi? Il ragionamento, adunque, della Corte torinese si ritorce contro essa medesima, e dimostra come nella difesa della tesi da lei sostenuta ci sia maggiore

abilità e agilità dialettica che non giusta ed esatta osservanza della legge. E da una Corte suprema è questo, prima di tutto, che si richiede; imperocchè questo è l'unico, o il massimo scopo, almeno, di sua instituzione.

Sentenza della Corte d'Appello di Genova pronunciata il 18 marzo 1882 nella causa vertente tra Schwartz (dif. Betti) e sorelle Rossi (dif. Bo).

In diritto:

Ritenuto che quello di che precipuamente si duole la dittà Schwartz relativamente all'impugnata sentenza, si è l'essersi con essa deciso che la Serafina Lavagnino, quale esercente la patria podestà a luogo del predefunto marito, non abbia potuto legalmente continuare l' esercizio del commercio anche nell'interesse delle minori sue figlie, postochè per queste non vi fu mai autorizzata dal Tribunale, conforme avrebbe richiesto l'art. 224 Codice civ.; — e che conseguentemente le dette minori, non solo non hanno potuto mai rimanere obbligate, dipendentemente da operazioni per tale continuazione di commercio eseguite dalla propria madre, ma che non debbono sottostare in alcun modo alle perdite, che per dette cause si fossero verificate nella successione del padre dopo la di lui morte; e per un ulteriore corollario del principio come sopra stabilito, l'essersi mandato di separare senz'altro a loro favore dalla consistenza dell' asse ereditario, quale si trovava al momento dell' aperta successione da accertasi nei modi dalla sentenza medesima tracciati, le quote legittime a ciascuna di esse spettanti.

Ritenuto al riguardo che sulla questione di mas-

sima la Corte non potrebbe essere d'avviso diverso da quello dei primi giudici. Non si disconosce certamente che è questa una questione assai disputata, e che, se la tesi adottata dalla sentenza cadente in esame, ha per sè autorità di valenti scrittori e di molteplici giudicati, di questa come d'altre Corti del regno, non manca nè degli uni nè degli altri nemmeno la tesi opposta, che per di più vanterebbe anche una recente decisione della Corte di Cassazione. Cli argomenti però che stanno a sostegno della tesi prima, la necessità cioè dell'autorizzazione giudiziale all'esercente la patria podestà per il legale esercizio del commercio, nell'interesse de' minori suoi amministrati, sembrano alla Corte prevalenti, per modo che dovendo essa giudicare *ex animi sui sententia* e non altrimenti, non può che persistere in quella, che, come sovra si accenna, è stata fin qui sua costante giurisprudenza.

Disponendo infatti l'art. 224 che il padre non può a nome del figlio contrarre obbligazioni eccedenti la semplice amministrazioue se non mediante l'autorizzazione del tribnnale civile, si rende manifesto che la risoluzione della controversia sta tutta in vedere se l'esercizio del commercio sia da annoverarsi fra gli atti di semplice amministrazione al genitore consentita, il che a parere della Corte è giuridicamente impossibile. Ed anzitutto è indubitato che coll'art. succitato vietandosi a chi esercita la patria podestà di contrarre obbligazioni eccedenti la semplice amministrazione a nome del

figlio in forza di detta sola podestà, e così per contro implicitamente permettondoglisi di contrarre quelle obbligazioni che tale amministrazione non eccedono, la legge viene a riconoscere due specie d'amministrazioni, una semplice, cioè più ristretta ed ordinaria, la quale si limita a quel semplice giro di operazioni che valgono a trarre da una cosa i frutti naturali o civili de' quali è suscettibile, ma senza alterarne, e conservandone anzi, la sostanza; l'altra più lata e straordinaria, che, affine di conseguirne maggiore utilità, non è vincolata a detta conservazione, ma la sostanza medesima della cosa trasforma e muta a talento, a seconda delle concepite speranze di più grandi vantaggi. Or bene pare evidente alla Corte che l'esercizio del commercio, quale appunto sarebbe quello che in concreto si proponeva la Serafina Lavagnino di esercitare, ed avrebbe in fatto esercitato per i suoi figli in continuazione della professione del costoro padre, non può venire attuato senonchè mediante la seconda specie d'amministrazione, la più estesa cioè e straordinaria; e poichè questa, conforme sopra si disse, è dall'art. 224 Cod civ. interdetta all'esercente la patria potestà senza l'autorizzazione del Tribunale, ne segue che anche l'esercizio del Commercio si deve credere a lui interdetto.

Nè la succennata è la sola ragione che dall'art. 224 predetto si ricavi a conforto della propugnata tesi, chè altre non meno efficaci se ne hanno, chi ben lo consideri, da tutto il contesto del medesimo;

invero, vieta il suddetto disposto di legge, all'esercente la patria podestà, espressamente l'alienare, l'ipotecare, il dare a pegno i beni del figlio ed anche il solo contrarre mutui a di lui nome; eppure è certo che nell'esercizio di un'industria e d'un commercio, quali sarebbero la conceria delle pelli ed il commercio di banca dei quali si tratta nella fattispecie, le alienazioni delle merci quanto alla prima, ed i mutui sì per l'una che per l'altro, comunque larvati all'occorenza sotto forma di titoli cambiari, sono atti frequenti, ordinari, e si può dire indispensabili all'andamento dell'industria e commercio medesimo, ed hanno sempre per definitivo e necessario risultato d'impegnare tutto il patrimonio mobiliare e immobiliare dell'esercente stesso.

Allorchè pertanto la legge proibisce al padre questi atti, proibisce virtualmente, ma non meno efficacemente, quel commercio e quell'industria, senza dei quali questi non possono esercitarsi; per sostenere il contrario bisognerebbe dire che fosse lecito eludere la legge, con fare indirettamente quello che essa proibisce di fare direttamente, ed introdurre nella legge stessa una distinzione che non vi si legge, che cioè altre fossero le facoltà concesse ai genitori in fatto d'amministrazione di un'azienda commerciale, ed altre in fatto d'amministrazione di un'azienda puramente civile, cose queste ambedue, che ripugnano ai piu elementari principii di diritto.

Che se si volesse un argomento anche più per-

spicuo, e che a giudizio della Corte non ammette replica, della illegalità dell'esercizio del commercio per il figlio minore da parte del padre o della madre snbentratagli nell'esercizio della patria potestà, esso ci viene somministrato dagli articoli 4 del Cod. di comm. e 317 e 319 Cod. civ. insieme combinati. E valga il vero: stabilisce l'art. 317 Cod. civ. che l'emancipazione conferisce al minore la capacità di fare da sè solo tutti gli atti che non eccedono la semplice amministrazione; ma l'art. 4 Cod. comm. richiede che per potere esercitare il commercio, i minori emancipati debbano riportare un'autorizzazione specialc dal consiglio di famiglia, omologata a mente dell'art. 319 Cod. civ. dal Tribunale; per voto espresso adunque dello stesso legislatore che dettava l'art. 224 Cod. civ. si ha che l'esercizio del commercio è atto eccedente la semplice amministrazione, e che non entra conseguentamente nelle attribuzioni che vengono al genitore per il solo effetto della competentegli patria podestà.

Oppongono i sostenitori della contraria opinione l'art. 299 Cod. civ., il quale richiede per la continuazione dell'esercizio dello stabilimento commerciale caduto nell'eredità del minore, che il tutore riporti l'autorizzazione del consiglio di famiglia omologata dal Trib., e ne deducono in virtù del noto adagio *qui de uno dicit de altero negat* — che non avendo il legislatore assoggettato a condizione alcuna la continuazione del commercio nell'interesse del minore da parte dell'esercente la patria podestà,

tale continuazione deve rimanergli libera ed assoluta. Più risposte potrebbonsi fare a tale obbietto; ovvia però e perentoria sembra alla Corte l'osservazione che trattandosi di due istituti diversi, quali sono la patria podestà e la tutela, che distintamente vengono disciplinati dal Cod. civ., è dalle disposizioni anzitutto che regolano ciascun d'essi che bisogna attingere quali sono le attribuzioni dell'uno e dell'altro, e quando, conforme si verifica nella fattispecie, queste sono tali che si oppongono assolutamente a riconoscere nell'uno una qualche facoltà, è illogico e vano ricorrere alle disposizioni dell'altro per attribuirgliela. — Un altro argomento a pro dell'opinione che ora si esamina si vuol ricavare dalla qualità della persona, parendo che il naturale affetto, da cui il padre più di qualsiasi altro è spinto a procurare il maggiore vantaggio del figlio, potesse ben meritarsi da parte del legislatore una maggior deferenza, per cui fosse unicamente rimesso al suo giudizio ed arbitrio la prosecuzione o meno di quell'industria o commercio che si rinvenisse nel patrimonio del minore di lui figlio, che è chiamato ad amministrare. La nessuna forza però di questo argomento si fa manifesta riflettendo che nell'esercizio del commercio non è questione di cuore, ma di accortezza di mente e di attitudine speciale, senza delle quali, anche col maggiore affetto per i figli e colle migliori intenzioni del mondo, potrebbe il genitore, con arrischiate speculazioni, anzichè la fortuna, fare la rovina dei medesimi, e d'altra parte se l'affetto del padre per

i figli bastava perchè potesse senz'altro commerciare per essi, non si vedrebbe motivo perchè lo stesso non avesse dovuto bastare a permettergli di contrarre un mutuo, alienare uno stabile, consentire un'ipoteca o dare a pegno un mobile, operazioni tutte di cui erano ben più prevedibili, e non potevano mai essere così funeste le conseguenze, e che nulladimeno gli furono specificamente vietate. Un'ultima ragione per il libero esercizio del commercio a nome del figlio da parte dell'esercente la patria podestà si è creduto ravvisarla nel pregiudizio che si pretenderebbe potesse risultarne al minore nel caso, a cagion d'esempio, in cui tutta la sostanza ad amministrarsi consistesse in un qualche stabilimento di commercio od industria; ma anche di tale argomento, il niun valore rimane chiarito tosto che si pon mente che, nell'ipotesi, si avvererebbe appunto quel caso di necessità e di convenienza di continuazione del commercio, previsto dal citato art. 224 Cod. civ., per cui l'esercente la patria podestà non avrebbe che a domandare di venirvi autorizzato.

Ritenuto che fermata così la incensurabilità dell'appellata sentenza sul punto fin qui esaminato, ne segue che non possa essere disconosciuta nemmeno la giustezza della declaratoria per cui fu pronunciato non avere le sorelle Rossi potuto rimanere vincolate da obbligazioni, che la loro madre anzidetta avesse preteso contrarre anche a loro nome nell'esercizio del commercio, nè dovere le medesime sottostare in guisa alcuna a quelle jat-

ture che, per avventura, a causa dell'esercizio medesimo si fossero verificate nella sostanza dismessa dal loro padre posteriormente alla di lui morte. È questa una conseguenza legittima, necessaria, evidente del sovrapposto principio, nè quindi il Trib. poteva esimersi dal proclamarla. *Omissis.*

Per questi motivi ecc. Conferma l'appellata sentenza 8 marzo 1880 del Trib. di Massa ecc.

VACCA *Pres.* — SARTORE *Est.*

QUESTIONE SECONDA.

Il genitore investito della patria potestà non può cedere ad un terzo, per mezzo di una Procura Generale, l'amministrazione dei beni dei suoi figli minori.

I.

Fra tutti i diritti che derivano dalla natura, uno dei più importanti, e certo dei meno discutibili, si è l'autorità dei genitori sopra i figli. È natura infatti che crea tra genitori e figli quel potente vincolo instintivo di vicendevole amore che, manifestandosi nella famiglia, estende, a poco a poco, la sua benefica influenza a tutto l'umano consorzio; ed è parimenti la natura che colloca i figli, fin dalla nascita, in uno stato di soggezione ai genitori. — « L'autorità dei genitori sui figli (*leggesi nella relazione ministeriale che accompagnava il progetto del vigente Codice Civile*) ha il suo fondamento nella natura: essa è la più antica, la più santa autorità che sia sulla terra: è conseguenza necessaria della procreazione e dell'indole sociale dell'uomo ». Siffatta autorità considerata esclusivamente sotto un aspetto *assoluto* e *soggettivo* parrebbe non dover ricevere limite alcuno, non essendo concepibile un diritto nei figli senza l'esistenza loro data dai genitori; e questo appunto fu il con-

cetto prevalente nell' antichissima e primitiva legislazione romana dove accordavasi al *paterfamilias l'jus vitae et necis.* Ma la ragione e la morale non tardarono ad insorgere contra un sistema così snaturato, e si cominciò a riconoscere nei figli il diritto alla libertà individuale: *libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus jus vitae necisque potestas olim erat permissa, libertatem eripere non liceret* (1). Quindi si proclamò il grande principio che: *patria potestas debet in pietate, non atrocitate consistere* (2).

Col progredire della civiltà, le relazioni giuridiche attinenti a quella *speciale persona collettiva* che, come felicemente si esprime il Rosmini, *il padre, la madre, e i figliuoli formano insieme secondo natura,* furono meglio definite, e l' autorità del padre di famiglia venne ristretta entro giusti confini.

Si comprese allora che di fronte e correlativo al diritto del padre stava un diritto di *conservazione della famiglia* a cui l' intera civile società era direttamente interessata, e che la generazione era per se stessa fonte precipua di doveri, cui un buon ordinamento legislativo non poteva disconoscere.

Così il nostro Cod. Civ. mentre, in omaggio ad un altissimo principio di moralità, impone al figlio di onorare e rispettare in ogni tempo della sua vita i genitori, e lo assoggetta alla costoro podestà fino all' età

(1) L. ult. Cod. *de patria potest.*
(2) L. 5, 8. *Dig. de leg. Pomp. de parr.*

maggiore od all'emancipazione (art. 220), obbliga poi i genitori a mantenere, educare, ed istruire la loro prole; (art. 138) e finchè questa si trovi in uno stato d'incapacità reale o presunta, a rappresentarla in tutti gli atti civili, e AMMINISTRARNE le SOSTANZE, sotto l'osservanza di alcune formalità dirette ad assicurare la conservazione e l'integrità dell'ente amministrato. Per la qual cosa egregiamente disse la Corte d'Appello di Perugia in una elaborata sentenza del 20 Marzo 1879: « che il » padre e la madre sono tenuti, per la santificazione sociale delle loro affezioni, al ministero » della educazione delle prole, ed a fornire tutte » le condizioni necessarie ad ogni maggior vantaggio morale e materiale di essa, fino a che non » sia pervenuta ad un completo svolgimento della » ragione: onde il *dovere* che loro incombe di AMMINISTRARE i beni che le appartengono [1].

L'ufficio della legge positiva nella società famigliare si restringe dunque a riconoscere e sanzionare i diritti naturali che vi sono attinenti, regolandone le modalità allo scopo del bene pubblico. La legge civile, scrive il Borsari, non concede i diritti che nascono dal dovere, ma li riconosce e li rende efficaci più presto nell'interesse generale che in quello delle persone alle quali sono attribuiti [2].

Avendo pertanto il diritto di patria potestà il

(1) V. *Legge*, 1, 761. XIX.
(2) V. Comm. Cod. Civ. Tit. VIII.

suo fondamento nella natura, e immedesimandosi nella qualità di padre o di madre che la stessa natura soltanto può dare, deve un tale diritto considerarsi immanente nella persona dei genitori, i quali non potranno cederlo in tutto od in parte ad altri, senza violare la legge di natura; nè esercitarlo in modo diverso da quello che il diritto sociale esige, e la legge positiva ha statuito, senza contravvenire all' ordine pubblico.

La patria potestà, in riguardo a' suoi effetti, venne definita dal Gabba: il complesso di tutti quei diritti i quali competono ai genitori, in confronto dei figli, in conseguenza di legittimo matrimonio [1].

Fra questi diritti, denominati dai giuristi *diritti personalissimi*, venne sempre compresa L' AMMINISTRAZIONE dei beni del figlio minore non emancipato; la quale oltre di essere pei genitori un OBBLIGO MORALE, costituisce una delle principali e più importanti ATTRIBUZIONI della patria potestà; essendo scritto nel Cod. Civ. sotto questo titolo, e precisamente nell' art. 224, che il padre rappresenta i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e NE AMMINISTRA I BENI.

Affine alla patria potestà è la tutela, detta dal Fabre: *quaedam imago et quodammodo vicaria patriae potestatis* [2].

Come al padre, così al tutore, la legge affida

(1) Teoria della retroattività Tit. 11, p. 201.

(2) V. Fabre, Cod. lib. V. T. 17 N. 6. — Id. Cod. lib. VIII. C. 33, def. III. N. 10, e L. 1 Dig. De tut.

la rappresentanza del minore e l'amministrazione dei beni di lui (art. 277): ma poichè l'ufficio di tutore è essenzialmente d'ordine pubblico, i diritti che ne dipendono, non altrimenti che nella patria potestà, devono aversi in conto di diritti **PERSONALI E INALIENABILI.**

Or risultando essere il mandato, conferito dalla legge al genitore investito della patria podestà ed al tutore, di una natura affatto speciale, come quello che ha un carattere di spiccata *personalità,* è evidente che non possono ad esso applicarsi, senza qualche modificazione, le regole vigenti in tema di mandato ordinario. È universalmente ammesso, nel diritto comune, che il mandatario possa sostituire un altro nell'incarico avuto; ma chi oserà sostenere che ciò possa farsi incondizionatamente dal genitore o dal tutore per l'esercizio della patria podestà o della tutela? Come mai potrebbero trasmettere in altri quel complesso di qualità che sono inseparabili dalla loro persona, e nella mente del legislatore, come nell'ordine naturale, furono la causa unica del loro stesso mandato? Nè solamente assurda ed impossibile, a termini di ragione, sarebbe cosiffatta sostituzione, perchè contra *rerum naturam;* ma quando una legge la rendesse attuabile, è certo che l'istituzione della famiglia ne andrebbe sconvolta dalle fondamenta.

Il *mandato generale illimitato* sia che abbracci la totalità, od una parte soltanto, dell'amministrazione, eccede sempre le facoltà del genitore investito della patria podestà e del tutore; perchè nel-

l'uno e nell'altro caso si crea un *alter ego*, un amministratore indipendente: il che equivale ad una vera e propria *sostituzione di persona*. La quale sostituzione si verifica, se ben si consideri, ogni volta che la volontà determinante gli atti amministrativi non è quella del genitore o del tutore. Importa dunque distinguere tra un *mandato generale cum libera administratione* ed un *semplice mandato* a gerire un qualche AFFARE PARTICOLARE che si verifica nel corso dell'amministrazione, e per effetto della medesima. Colla prima forma di mandato il *terzo* verrebbe ad imprimere un indirizzo proprio all'amministrazione, giudicando, da solo, della convenienza di fare o non fare una serie indefinita di atti, la cui utilità o necessità dipendono da circostanze di tempo, di luogo e di persona, essenzialmente variabili, e quindi non prevedibili e valutabili, *a priori*, dal genitore o dal tutore. Colla seconda specie di mandato invece, la mente che dirige la somma degli affari è sempre quella del genitore o del tutore; il terzo è obbligato di agire entro limiti prestabiliti; la sua condizione è quella di un AMMINISTRATORE AUSILIARIO E DIPENDENTE.

Arroge che nell'amministrazione del terzo, costituito procuratore generale, non si avrebbe quella grande garanzia morale, cui giustamente venne dal legislatore attribuita la massima importanza, e che consiste nella vigilanza costante ed attuale del genitore o del tutore: quinci un pericolo infinitamente maggiore di danno e di perdita pel patrimonio del minore. Nè ciò basta; imperocchè la procura

generale illimitata per amministrare i beni di un minorenne, fatta in capo ad un terzo dal genitore o dal tutore, non solo dee riguardarsi come virtualmente nulla, offendendo il principio della PERSONALITÀ del mandato loro deferito dalla legge; ma renderebbe impossibile uno degli estremi richiesti per la validità degli atti compiuti a nome e per conto dei minori sottoposti alla patria podestà od alla tutela.

È noto che nel diritto romano nessun atto rendevasi obbligatorio pei pupilli senza *l' autorità* del tutore, la quale mancando, vigeva la regola che i pupilli, contrattando coi terzi, potevano bensì migliorare la propria condizione, ma non renderla deteriore. Placuit meliorem *quidem conditionem eis facere, etiam sine tutoris auctoritate;* deteriorem vero non aliter, *quam tutoris auctoritate; unde in his causis ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur; at invicem pupilli non obligantur* ([1]).

L' autorizzazione del tutore poi doveva aver luogo immediatamente e per lo stesso affare.

Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit; post tempus vero, vel per epistolam interposita auctoritas, nihil agit ([2]).

([1]) Inst. L. 1, T. 21. Dig. L. 11. Tit. XIV. L. 28, De pactis. — L. V. Tit. LIX. Cod. L. 1, 2, 3.
([2]) Inst. id. p. 2.

Identici sone i principj consacrati dalla nostra legislazione e dalla francese ([1]).

Si disse, e ci pare di averlo luminosamente dimostrato, che gli uffici di padre, di madre e di tutore sono *personalissimi;* in conseguenza anche *l'autorità* ad essi inerente dovrà essere inalienabile. Ciò posto, il fatto del terzo *sostituito e procuratore generale* del genitore o del tutore, non potrà mai considerarsi come un *fatto* del minore, perchè la regola: *factum tutoris, factum pupilli* presuppone una preventiva e regolare autorizzazione da parte del tutore, la quale nel caso presente o mancherebbe affatto, ovvero sarebbe stata malamente interposta. *Nulla differentia, non interveniat auctoritas tutoris an perperam adhibeatur;* così il Dig. al Titolo VIII: Lib. XXVI, *de antoritate non interposita, vel perperam adhibita*, a cui Gotofredo aggiunge il seguente commento; *paria sunt auctoritatem non interposuisse et male.*

Gli insegnamenti della romana giurisprudenza intorno a questo importante punto di diritto, furono egregiamente svolti ed applicati in una sentenza della Corte d'Appello di Genova, la quale dichiarò *nullo il mandato generale conferito ad un terzo dall'inabilitato, anche assistito dal suo curatore, e che tale nullità è radicale e di sostanza e non può essere sanata con verun atto confermatorio.*

I principali motivi su cui si fonda questo giudicato sono i seguenti che crediamo utile riprodurre testualmente;

(1) V. art. 1107. 1303, Cod. Civ. Ital., e art. 1125, 1305, Cod. Civ. Francese.

« Considerato che, secondo lo instituto della ina-
» bilitazione contenuto nell' art. 339 Cod. Civ. l' i-
» nabilitato, a differenza del minore, ha la capa-
» cità giuridica di stipulare qualsiasi atto eccedente
» la semplice amministrazione, a condizione però
» che egli sia assistito dal curatore speciale nomi-
» natogli dal consiglio di famiglia. Dottrina e giu-
» risprudenza concordano nello spiegare che l' as-
» sistenza del curatore, a *somiglianza dell' autoriz-*
» *zazione del tutore pel minore*, secondo le Institu-
» zioni Giustinianee e la legge 9 § 5 del Digesto:
» *De auctoritate et consensu tutorum,* debba essere
» *praesens in ipso negotio,* che è quanto dire in
» ogni singolo atto cui addivenga lo inabilitato,
» tranne per quelli che stanno nella sfera della
» semplice amministrazione, sicchè il curatore di
» ogni atto esamini il tenore, i patti, le condizioni,
» le modalità tutte, e lo approvi a seconda della
» utilità per l' inabilitato, preposto essendo il cu-
» ratore non alla persona, ma al patrimonio del-
» l' inabilitato che la legge crede tutelare. Se tale
» lo instituto giuridico della inabilitazione, disdice
» apertamente allo stesso, che l' inabilitato, assi-
» stito dal suo curatore possa nominarsi un *procu-*
» *ratore generale*, conferendogli la onnimoda facoltà
» di fare qualsiasi atto che vincoli od alteri nella
» sostanza, nella sua integrità, il patrimonio dell' i-
» nabilitato stesso, lo distragga; con quella massima
» il curatore viene ad esautorare se stesso, a cessare
» da quella assistenza che la legge lui impone
» dovere fare ad ogni singolo atto dell' inabilitato

» oltre i limiti dell'amministrare lasciato al se-
» condo, *a spogliarsi di quel pubblico ufficio* **CHE È**
» **AL TUTTO PERSONALE**, avendo il suo fondamento
» nella fiducia in esso lui posta dal consiglio di
» famiglia; da ciò la conseguenza sia nulla la no-
» mina fatta dallo inabilitato, assistito dal cura-
» tore speciale, di un **MANDATARIO GENERALE**; perchè
» interamente paralizza le provide disposizioni della
» legge nell'interesse del patrimonio dell'inabilitato,
» in ogni singolo atto che lo riguardi; il manda-
» tario generale non è la persona che il consiglio
» di famiglia (dal quale soltanto attinge la sua
» autorità), prescelse e *pose a fianco dell' inabilitato*
» *per tutelarne il patrimonio*, **SICCHÈ NON PUÒ AVERE**
» **ALCUN LEGITTIMO POTERE.**

» Considerato che il Tribunale, anzichè esami-
» nare la legge nel suo concetto, nello scopo cui è
» diretta, alla lettera si attenne; e quindi non potè
» non errare dicendo che in essa non havvi alcun
» articolo che vieti allo inabilitato di nominarsi,
» assistito dal suo curatore, un mandatario gene-
» rale; il divieto se non è fatto con apposita di-
» sposizione, è insito nella *vi ac potestate legis* che,
» interpretando, devesi studiare secondo il precetto
» della legge 7 del Digesto *de legibus;* giacchè *lex*
» *imperat et vetat non solum quod verbis*, *sed et*
» *quod sententia continetur;* — la legge col savio
» ordinamento dell' inabilitazione, volendo che il
» curatore assista personalmente l' inabilitato in
» ogni singolo atto che tocchi il di lui patrimonio,
» vieta di necessità che siffatto modo di tutela, di-

» continua sorveglianza, SIA, INTERAMENTE SCON-
» VOLTO, MUTATO, COME SCONVOLTO, MUTATO VIENE
» COL MEZZO DELLA PROCURA GENERALE IN ALTRI.
» Sta che l'inabilitato, unito al suo curatore, è
» legalmente capace di fare qualunque atto; ma
» illogica, erronea è la conseguenza trattane dal
» Tribunale, che possa del pari trasmettere ad
» altri questa sua facoltà, perchè ciò è in con-
» traddizione col precetto della legge che il cu-
» ratore assista ad ogni singolo atto l'inabilitato.
» — Sta pure che il mandatario generale nominato
» dall'inabilitato e dal curatore viene ad avere la
» fiducia di entrambi, come disse il Tribunale; *ma*
» *la quistione non veduta dal Tribunale è* — SE
» QUELLA FIDUCIA DEFERITA DAL CONSIGLIO DI FAMIGLIA
» AL CURATORE, POTEVA DA QUEST' ULTIMO AD ALTI ES-
» SERE TRASMESSA, IL CHE NON È E FU ADDIMOSTRATO.

» Considerato che a dare efficacia all'atto di
» procura generale 1 Maggio 1869; erroneamente
» le appellate fecero ricorso agli Art. 1304 e 134
» Cod. Civ. Se a termini del primo gli atti com-
» piuti dallo inabilitato nel modo voluto dalla legge
» hanno la medesima forza che avrebbero se com-
» piuti da un maggiore pienamente capace, la ra-
» gione, la logica dice che, MANCANDO IL MODO
» VOLUTO DALLA LEGGE, L'ATTO COMPIUTO DALLO INA-
» BILITATO NON HA FORMA LEGALE, IL CHE EQUIVALE A
» NULLITA' RADICALE. Ora la legge volendo che ad
» ogni singolo atto che varchi la sfera di quelli
» della semplice amministrazione, lo inabilitato sia
» assistito dal di lui curatore speciale, ed in ciò

» sta il modo dell'esercizio della sua capacità giu-
» ridica; e così venendogli di necessità a vietare,
» come fu superiormente addimostrato, che egli,
» assistito dal curatore, in altri deferisca l'onni-
» modo mandato di fare tutti gli atti, ne consegue
» irremissibilmente che UN MANDATO IN SIFFATTA
» GUISA CONFERITO SIA RADICALMETE NULLO, E CON
» ESSO L'ATTO CHE DA QUELLO ATTINSE L'ESISTENZA.
» — Coll' Art. 134 soggettatasi la donna maritata
» all'autorizzazione del marito per gli atti ivi spe-
» cificatamente designati, fu consentaneo ai prin-
» cipj pei quali fu quella autorizzazione prescritta,
» stabilire fosse lecito al marito darla con atto
» pubblico in genere per tutti, o per alcuni di essi:
» ora lo inabilitato non è certo il marito che ha
» la piena capacità giuridica, se desso è vincolato
» alla assistenza di un Curatore; e perciò a nulla
» può autorizzare. L'Art. 134 quindi per nulla può
» approdare allo assunto delle appellate. — Pres-
» sochè superfluo torna da ultimo lo accennare che
» senza utile alla questione le appellate invocarono
» la sentenza della SUPREMA CORTE DI FIRENZE 6
» Dicembre 1870 nella causa Toscanelli e Canevari
» contro Carcantoni, che cassava quella della Corte
» d'Appello della stessa città la quale aveva rite-
» nuti i principj di diritto cui si fa omaggio colla
» presente; poichè LA SUPREMA QUEI PRINCIPJ NON
» DISCONOBBE, ma li disse inapplicabili al caso —
» quello non essendo di *un vero mandato generale*
» *illimitato* [1] ».

[1] V. *Eco di Giurisprudenza*, anno IV, 15 maggio 1880, Num. 10.

I ragionamenti della Corte genovese sono con poche modificazioni, più di forma che di sostanza, applicabili al caso di una procura generale fatta dall'esercente la patria potestà. Infatti anche del genitore che fa procura generale illimitata ad un terzo, può dirsi ch' egli, in questo modo, si spoglia di quell'ufficio che gli è al tutto personale, avendo il suo fondamento nella natura, e in quella fiducia *in esso lui posta* dal legislatore; per cui la nomina di un procuratore generale verrebbe a paralizzare tutte le provvide disposizioni della legge per la tutela del patrimonio del minore. Parimenti al mandatario generale del genitore potrebbero quasi letteralmente applicarsi le parole della sentenza — *ch' egli non è la persona che il legislatore prescelse e pose a fianco del minorenne per tutelarne il patrimonio, sicchè non può avere alcun legittimo potere.* Insomma pel genitore, come pel curatore, tutto il perno della questione sta nel vedere se la fiducia loro deferita dal legislatore possa ad altri essere trasmessa: il che, ben disse la Corte, *non è, e fu addimostrato.*

La sentenza da noi citata offre inoltre argomento ad un' osservazione di molto rilievo. Invero se, come giustamente avverte il Freminville, *le droit de constituer un mandataire se rattache essentiellement au droit d' aliener* (1), il mandato *generale illimitato,* deve necessariamente eccedere i limiti della semplice amministrazione; il che si riconobbe tanto dal Tribunale che dalla Corte di Genova; fu implicitamente ammesso dalla Cassazione di Firenze,

(1) V. *Minorité et tutelle* - 2, par. 941.

dalla Corte d'Appello di Roma ([1]), ed è pacifico in giurisprudenza. Notevolissima è adunque la differenza che intercede tra un *mandato generale senza restrizioni* conferito da un inabilitato, coll'assistenza del suo curatore, ed un simile mandato conferito dal genitore investito della patria potestà; perchè nel primo caso non è in discussione la facoltà di compiere atti uscenti dalla sfera della semplice amministrazione, e trattasi unicamente di vedere se possa il curatore trasferire in altri quello speciale mandato avuto dalla legge; mentre nel secondo caso, non solo verrebbe il genitore ad offendere il principio di *personalità* del suo proprio mandato, ma commetterebbe uno di quelli atti che non possono essere da lui compiuti validamente se non a patto di osservare le condizioni e forme stabilite dall'art. 224 del nostro Codice Civile.

Volendo pertanto ridurre a sommi capi il ragionamento nostro, ci sembra di poter affermare le seguenti proposizioni:

1. La patria potestà è un diritto naturale *inalienabile* che la legge non può disconoscere, limitandosi il compito di questa a regolarne l'esercizio e le modalità, secondo i principj della retta ragione e le giuste esigenze del diritto sociale, allo scopo del bene pubblico.

2. Il mandato deferito dalla legge ai genitori per la cura e l'educazione del minore non emancipato e l'amministrazione dei suoi beni, è un'emanazione

([1]) V. sent. 25 novembre 1874 — Giur. It. XXVII, 1, 2, p. 107.

diretta della patria podestà; quindi al pari di questa, ha il suo fondamento nella natura, è d' ordine pubblico e strettamente personale.

3. Siffatto principio di PERSONALITA', caratteristico del mandato legale del genitore, è offeso da una PROCURA GENERALE ILLIMITATA fatta da quest' ultimo, e conenente l' obbligazione di avere per rato e valido qualunque atto compiuto dal procuratore generalé; perchè, in questo modo, la mente *direttiva* dell' amministrazione non sarebbe più quella del genitore, ma di un terzo; e si verrebbe ad accordare un' interpretazione ESTENSIVA a molte disposizioni dettate dal legislatore esclusivamente in riguardo dell' amministrazione esercitata dal *genitore* investito della patria podestà.

4. La proibizione pel genitore di non sostituire a sè un altro nell' esercizio del suo mandato col mezzo di una procura generale, è insita in *rerum natura;* è nello spirito della legge, la quale considera come la maggiore, se non l' unica, garanzia dell' amministrazione del genitore investito della patria potestà, quell' affetto paterno o materno cui nulla può supplire; e che certo non si può cedere per mezzo di mandato.

5. Il mandato generale illimitato, a parte ogni altra considerazione, deve sempre ritenersi un atto eccedente le ordinarie facoltà del genitore, perchè implica una vera ALIENAZIONE del diritto di amministrare, il che male si concilia colla SEMPLICE e ORDINARIA amministrazione.

Le opinioni e considerazioni da noi svolte fin

qui trovano, si può dire, unanime consentimento nella dottrina come nella Giurisprudenza.

Il Sig. Marie Paul Bernard nella sua *Storia dell'autorità paterna in Francia*, opera premiata dall'*Accademia delle scienze morali e politiche*, sostiene che tutte le attribuzioni della patria potestà costituiscono altrettanti diritti inalienabili. La Loi, egli dice, ayant investi le père de l'autoritè paternelle, CELUI CI NE SAURAIT L'ALIENER EN TOUT OU EN PARTIE. Magistrature sacrèe destinèe au gouvernement de la famille, elle interesse trop l'ordre public pour que par des conventions le père et la mère puissent transiger sur les droits qu'elle leur confère [1].

Il Marcadè [2] osserva parimenti che « en effet la puissance paternelle, le droit d'éducation et d'administration des père et mère sur la personne et les biens de leurs enfants, ne peuvent pas être l'objet de conventions; ils ne peuvent pas, comme les questions d'interêt pècuniaire, se modifier au gré des individus; *toutes ces règles touchent* évidemment à un ordre de choses que la loi seule a le *pouvoir d'organiser*. Spingendo poscia questo principio fino alle sue ultime conseguenze, dichiara contraria all'ordine pubblico e impugna di nullità assoluta, qualunque donazione di beni fatta al minore, a patto che sieno sottratti all'amministrazione del padre, confutando energicamente l'opinione contraria. È notevole la distinzione che egli stabilisce

(1) V. op. cit. p. 136.
(2) Tit. IX, VI, par. 15.

fra l'amministrazione *paterna* e la *tutelare*, basata su ciò che la prima *non può appartenere che al padre e alla madre*, mentre la seconda è accessibile a tutti; come pnre la sua affermazione che non havvi alcuna plausibile ragione per considerare il diritto di amministrare i beni del minore, un attributo *naturale*, ma non *essenziale*, della patria potestà. La tesi sostenuta dal Marcadè che aveva in suo favore un' antica decisione del Parlamento di Parigi in data 9 febbraio 1764 e le Corti di Besançon, di Caen e di Rouhen, fu pure accolta e propugnata dal Laurent.

Il Freminville non riconosce nel tutore nemmeno la semplice facoltà di eleggere un mandatario speciale per un affare determinato (1). Il Demolombe trova eccessivo questo rigore; ma circa il *mandato generale*, è dello stesso avviso del Freminville. Propostasi la domanda: « le tuteur ne pourait-il même pas donné à un tiers le mandat général d'administrer en son nom et sous sa responsabilité, la tutelle elle même, toutes les affaires de la tutelle? » Egli vi risponde in questi precisi termini: *Ceci est beacoup plus grave.* On peut dire encore, il est vrai, qu'aucun texte ne s'y oppose; que des circonstance particulières et accidentelles, pourraient expliquer et justifier un tel mandat, et qu'enfin le tuteur mandant demeure toujours responsable des actes du mandataire, contre lequel le mineur pourrait même agir directement (art. 1994). *Remarquons*

(1) V. T, I, Num. 201.

pourtant que la tutelle est une CHARGE PERSONELLE (art. 410) *et que* CERTAINEMENT LE TOUTEUR NE PEUT PAS LA RÈSIGNER NI S'EN DEMETRE DANS LES MAINS D'UN AUTRE. Si donc il arrivait (comme nous en avons vu l' exemple), *que la procuration fût telle*, si ABSOLUE si ILLIMITÉ pour *la durée*, *qu'elle ne fût, en realité*, *que la* SUBSTITUTION d'un tuteur à un autre, et l'ABDICATION par le TUTEUR de SON MANDAT PERSONNEL, nous croyons qu'elle NE SERAIT PAS IURIDIQUEMENT VALABLE, et que les consequences d'un tel acte pourraient, suivant les cas, et en ègard aux circostances, rejaillir sur le tuteur mandant, sur le mandataire, et sur les tiers qui auraient traité avec celui-ci. — Sur le tuteur lui même qui non seulement serait, bien entendu, responsable des actes du mandataire [1]; mais qui pourrait encourir la destitution (art. 444). Sur le mandataire qui DEVIENDRAIT RESPONSABLE, en son propre nom, directement et personnellement envers le mineur *non seulement comme mandataire*, *mais comme ayant geré lui même la tutelle en qualité de tuteur de fait, pro tutore,* sous le prête nom du tuteur de droit [2].

Il più insigne dei viventi commentatori del Diritto Civile Francese, il Laurent, nella celebratissima opera, PRINCIPES DE DROIT CIVIL, concorda, in questo, pienamente col Demolombe.

(1) Cass. 14 Janvier 1835. — Albert D. 1835, 1, 88.

(2) Arg. de l'art 395 comp. Rouen 27 Avril 1817, Cardon. Dalloz. 1817, 2, 108. — Caen 1.re chambre 17 Mars 1313: Dela, Caen 30 Mars 1844. — Daragon Revue des arrêts de Caen. 1844. p. 297.

Ecco le sue parole:

« Le tuteur peut il confier à des mandataires
» la gestion de toute la tutelle ou d'une partie de
» la tutelle? D'aprés le droit commun le man-
» dataire peut se substituer quelqu'un dans sa
» gestion, sauf à répondre des actes du gérant
» (art. 1994). Il nous parait évident que cette ré-
» gle ne reçoit pas d'application à la tutele, en
» ce sens que le tuteur *ne peut pas déléguer ses*
» *pouoirs à un mandataire général.* LA TUTELLE EST
» UNE ESPÈCE DE PUISSANCE ANALOGUE A' LA PUISSANCE
» PATERNELLE; or la *puissance ne se délégue pas:*
» *elle est d'ordre public et ne peut pas, à ce titre,*
» faire *l'objet d'une convention.* L'esprit de la loi
» ne laisse aucun doute sur ce point. Pourquoi
» deférе-t-elle la tutelle aux plus proches parents?
» pourquoi perme-t-elle de la déférer à un ami? C'est
» parce qu'elle veut que le tuteur ait pour le mineur
» *l'affection* que donnent les liens du sang ou de
» l'amitié. Faut-il demander si l'affection, si le
» zèle, si le dévoûment se déléguent par voie de
» mandat? [1] ».

Il Laurent crede inoltre di poter invocare un testo speciale di legge, basandosi sulla disposizione dell' art. 454 del Cod. Civ. Francese, in cui è data facoltà al Consiglio di famiglia di autorizzare il tutore a farsi coadiuvare nella sua gestione da uno o più amministratori particolari stipendiati. Nel-l' art. 295 del sostro Codice Civ. è scritto sempli-

[1] V. Op. cit. V. 5. Tit. X. 11, par. 27.

cemente che il Consiglio di Famiglia, se particolari circostanze lo richiedano, può autorizzare il tutore a farsi *coadiuvare* nell'amministrazione, sotto la sua responsabilità, da una o più persone stipendiate. Non è detto espressamente che si tratti di amministratori *particolari;* ma ciò risulta dal senso generale dell'articolo e sopratutto dalla parola *coadiuvare*, la quale esprime ad evidenza il concetto di semplici amministratori ausiliari e dipendenti.

Infatti altro è che la legge, a rendere agevole e meno gravoso, in determinati casi, l'ufficio tutelare, autorizzi il tutore a valersi per la sua amministrazione, dell'opera ausiliaria di un terzo; altro il volere da questa concessione dedurre la facoltà di *abbandonare* nelle mani di un terzo l'intiera amministrazione: tra queste due idee non vi può essere nesso logico di sorta, perchè *nel meno non istà il più*, e l'autorizzazione limitata della legge esclude manifestamente l'interpretazione estensiva.

. Nè diversamente dal Demolombe e dal Laurent opina il Dalloz il quale nel suo Repertorio al par. 445 del tit. *Minorié, Tutelle, emancipation*, dopo aver dichiarato che « il résulte de l'ensemble des dispositions du code que le tuteur *doit administrer par lui-même*, così continua: lui serait il neammoins défendu de donner à un tiers le mandat général d'aministrer en son nom, et sous sa résponsabilité, toutes les affaires de la tutelle? Oui certainement; *la tutelle est une charge personnelle* (art. 419) dont le tuteur ne peut pas se démettre entre les mains d'un autre. LE TUTEUR, LE MANDA-

TAIRE, LES TIERS EUX-MEMES SERAIENT RESPONSABLES ENVERS LE MINEUR SI UN PAREIL FAIT SE PRESENTAIT. Il a été jugé que dans le cas le mandataire déviendrait responsable personnellement envers le mineur, non pas seulement comme mandataire, mais comme ayant géré lui-même la tutelle pro tutore, en qualité de tuteur de fait, sous le prête nom du tuteur de droit (1).

Rammenteremo da ultimo il chiarissimo Bianchi, il quale nel suo — corso elementare del Codice Civile — (2) trattò egregiamente molta chiarezza la questione di cui ci occupiamo. Egli così ragiona:

« Che si possa conferire direttamente in nome del minore un mandato ad un terzo, per uno o più atti relativi all'amministrazione dei beni del minore stesso, o per la gestione di alcuni di tali beni, non è certamente ammissibile. Vi osterebbe da parte del minore la stessa sua condizione d'incapacità per la quale non gli è permesso di operare personalmente in nessuno degli atti della vita civile, fossero pure di semplice amministrazione, e gli è dato per tutti quegli atti un rappresentante legale. Vi osterebbe parimente da parte del genitore, esercente la patria potestà, l'ufficio che, per motivi d'ordine anche pubblico, gli è attribuito dalla legge, e che costituisce per lui un obbligo, dal quale evidentemente non gli è lecito sciogliersi, neppure per determinati affari particolari, trasferendo in

(1) Rouhen 27 Avril 1817, aff. Cardon. V. Mandat. N. 240. — Conf. Demolombe Tit. 7, P. 240.

(2) V. Vol. IV, p. 506 — Parma 1876.

altri la qualità di rappresentante legittimo del figlio, come appunto verrebbe a fare mediante un mandato conferito ad un terzo in nome del figlio stesso.

« *Ma è forse egualmente vietato al genitore di sostituire a sè una terza persona nell' esercizio del mandato legale che gli è attribuito per la rappresentanza del figlio e per l' amministrazione dei beni di lui?* Distinguiamo il caso che il genitore dia mandato ad un terzo per sostituirlo, rappresentando il figlio in uno o più atti *particolari* o amministrando *certi beni determinati*, da quello in cui desse ad un terzo il *mandato generale* per rappresentare il figlio in *tutti* gli atti civili che potessero occorrere nel suo interesse o per *amministrare tutti i beni.*

« Nel primo caso non parrebbe doversi mettere in dubbio la validità dell' atto. È ammesso generalmente che un mandatario possa sostituire altri a sè, nell' incarico avuto, quand' anche non gliene sia stata concessa la facoltà; salvo sempre che il mandatario rimane responsabile per colui che ha sostituito, sicchè il mandante può anche agire direttamente contro la persona sostituita [1]. Perchè mai sarebbe diversamente riguardo a *particolari* atti di esercizio del mandato legale conferito al genitore per la rappresentanza del figlio, e per l' amministrazione dei di lui beni? — Non vi è testo di legge che proibisca al genitore questa so-

[1] Art. 1748 cod. civile.

stituzione, nè può dirsi che vi si oppongano i principj, atteso alla *personalità* che è *caratteristica* del mandato legale conferito al genitore per l'amministrazione dei beni dei figli soggetti alla sua potestà. Questo principio non è offeso perchè il genitore *non si spoglia dell'ufficio suo di amministratore* quando non fa che incaricare un altro di sostituirlo nell'esercizio di quell'ufficio *per certi atti* PARTICOLARI, mentre con questa stessa sostituzione non si libera in nessun modo dagli obblighi che gli incombono, rimanendo personalmente responsabile per colui che ha sostituito. D'altra parte non sarebbe prudente nè conforme allo spirito generale delle leggi regolatrici dell'amministrazione legale dei genitori, le quali si informano tanto allo scopo supremo di provvedere nel miglior modo agl'interessi del figlio, il vietare al genitore di affidare ad altri la trattazione di *affari* PARTICOLARI, pei quali mancasse a lui il tempo, l'attitudine, l'esperienza necessaria per occuparsene fruttuosamente.

« *Ma è manifesto che queste considerazioni non* » *potrebbero valere per l'altro caso, in cui il geni-* » *tore dasse ad un terzo un* MANDATO GENERALE *per* » *amministrare tutti i beni del figlio e rappresen-* » *tarlo in tutti gli atti che potessero occorrere nel* » *suo interesse.*

« Sia pure che questi atti e quell'amministrazione si esercitassero dal terzo in nome del genitore, il quale ne avesse la responsabilità personale. *Ma sarebbe sempre vero che il genitore si* SPOGLIEREBBE DELL' UFFICIO *che la legge gl' impone come un*

sacro dovere, sostituirebbe a sè un rappresentante, un amministratore ESTRANEO *pel figlio, e ciò sarebbe davvero contrario alla personalità del mandato che la legge, per considerazioni anche* D'ORDINE PUBBLICO, *ha deferito ai genitori.* Allora dunque non solo il figlio avrebbe azione, tanto contro il genitore, che naturalmente non potrebbe con quell' atto illegale essersi sottratto alla responsabilità del mandato che la legge gl' imponeva, *quanto anche direttamente contro la persona della quale fosse stata così* ILLEGITTIMAMENTE *esercitata l' amministrazione; ma i* TERZI *che avessero contratto con questa persona rimarrebbero esposti all' azione di nullità,* che potrebbe essere intentata per gli atti illegittimamente compiuti: e contro il genitore medesimo potrebbe farsi luogo a provvedimenti ammessi dalla legge per casi di *abuso* della patria potestà, chè come tale potrebbe certamente considerarsi *l' avere in simil modo violati i propri doveri* ».

II.

Abbiamo dimostrato come i più celebri giureconsulti e scrittori sieno concordi nel proclamare che il mandato generale, conferito ad un terzo dal genitore o dal tutore per l' amministrazione dei beni dei minori affidati alle loro cure, è un atto radicalmente nullo la cui responsabilità ricade anche sul mandatario, e che coloro i quali avessero contrattato con quest' ultimo, non potrebbero sottrarsi all' azione di nullità che fosse intentata per gli atti illegittimamente compiuti.

È evidente che le obbligazioni, assunte da un procuratore generale del genitore verso i terzi, non sono valide, perchè in forza della nullità del mandato conferito dal genitore stesso, alla stipulazione di quelle obbligazioni, la personalità del figlio minore non ha potuto essere legalmente rappresentata. È opportuno ricordare ancora una volta la massima: *licere minoribus meliorem facere conditionem suam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero non aliter quam tutoris auctoritate,* la quale massima trova un' unica e naturale limitazione nella legge 206, Dig. De reg. jur. — *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.*

Qualunque sia la condizione che in questo modo vien fatta ai terzi contraenti, essi non hanno alcuna plausibile ragione di querelarsene, essendo universalmente noto che *qui cum alio contrahit, vel scit, vel est, vel esse debet non ignarus conditionis ejus* (1).

L'eccezione di *buona fede* non è ammissibile, perchè *ignorantia legis non excusat*, e a nessuno dev'essere lecito di derogare alla legge.

« Qu'importe, esclama eloquentemente il Laurent, la bonne foi des tiers? Est-ce la bonne foi des tiers, qui détermine les droits du tuteur? Les limites de son pouvoir sont tracés par la loi; dés qu'il les dépasse, le fait du tuteur n'est plus celui du mineur; donc le mineur en peut demander la nullitè contre les tiers. Que l'on n'invoque pas l' in-

(1) L. 19, De reg. jur.

terêt de ceux qui contractent avec le tuteur; ils savent qu'ils traitent avec un admistrateur; il peuvent et doivent donc prendre leurs mesures en conséquence ».

La corte d'Appello di Lucca in una sentenza pronunciata addì 24 Maggio 1874, opportunamente osservava che « mal si sostiene che l'art. 296 del Cod. Civ. riguardi unicamente i rapporti fra il tutore e il minore, e non i terzi, i quali contrattando col tutore non sono obbligati a conoscere se il tutore sia, oppur no, munito delle debite facoltà; imperocchè *la ragione e la legge ne accertano del contrario* ».

« Infatti ognuno sa che la prima condizione della validità di qualunque atto giuridico si è quella che colui che lo pone in essere abbia diritto o facoltà di eseguirlo, sia che agisca in proprio conto, *sia che agisca nella rappresentanza altrui*, poichè mancando tale condizione, quell'atto *si considera come non fatto e giuridicamente insussistente di fronte a chicchessia*, massime di coloro che hanno preso parte al medesimo. Ora come sarebbe nullo un atto posto in essere per conto di altri senza mandato o sorpassandone i termini, così è nullo l'atto posto in essere dal tutore *fuori ed oltre le facoltà attribuitegli dalla legge*, e sarebbe cosa più che irragionevole, stranissima, che i terzi sostenessero di avere contratto validamente col rappresentante del minore, in quanto non avessero l'obbligo di accertarsi della sua qualità e dei suoi poteri ».

Quanto all'*actio de in rem verso* non si con-

testa certamente ch' essa possa, per avventura, proporsi dai terzi contraenti col procuratore generale del genitore, pur riconoscendosi affette da nullità le obbligazioni assunte dal detto procuratore generale; ma tutto sta nel vedere se l'art. 1307 del Cod. Civ. trovi nel caso determinato la sua giusta applicazione.

Due sono gli estremi richiesti dall'art. 1307 del Cod. Civ. per l'esercizio dell'*actio de in rem verso*, cioè:

1.° Che il pagamento della somma di cui si pretende il rimborso sia stato fatto ad un incapace in forza di un'obbligazione rimasta annullata.

2.° Che quanto fu pagato abbia vantaggiato la condizione dello stesso incapace.

Per vedere poi se siasi verificato il *vantaggio* di cui parla il citato articolo di legge, devesi aver riguardo al tempo in cui s'intenta l'azione. — *In pupillo cui sine tutoris auctoritate solutum est, si quaeratur quo tempore sit locupletior; tempus quo agitur inspicitur.* — Così Marciano nella legge 47. *In pupillo*, D. *de solutionibus*, conforme alla disposizione della legge 34, *si minor*, D. *de Minoribus* del tenore seguente: *si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis: nisi locupletior ex hoc inveniatur* LITIS CONTESTATAE TEMPORE, *is qui accipit.* Il Lebrun [1] commentando questo punto del Diritto Romano dice: « pour savoir si le pupille a qui on

[1] De succes. p. 569. n. 31.

» avait payé sans le consentement de son tuteur,
» en était devenu plus riche, on considérait le *temps*
» *présent*, et non celui du payement, et il suffisait
» qu'au temps de l'action il n'eût ni la somme, ni
» un emploi de la somme, auquel cas on obligeait
» le debiteur de payer *une seconde fois* ».

Il Diritto Moderno segue, in questa materia, i principj sanzionati dalle Leggi Romane.

Ecco in qual modo lo Zachariæ spiega il concetto dell' art. 1312 del Cod. Civ. Francese, di cui l' art. 1307 del Cod. Civ. Italiano è la traduzione quasi letterale:

« Lorsque la nullité d'une obligation resulte, soit
» de l'incapacité de l'obligé, soit de l'inobservation
» des formes speciales prescrites dans l'intérêt des
» mineurs, le mineur au profit duquel la nullité a
» été prononcée n'est obligé de restituer ce qui lui
» a été payé en temps de minorité, que JUSQU'À
» CONCURRENCE DE CE DONT IL SE TROUVAIT ENRICHI
» AU MOMENT OÙ IL A INTENTÉ SON ACTION » ([1]).

Infine la Corte di Cassazione di Torino ha statuito che « *per poter utilmente sperimentare l'actio de in rem verso, è indispensabile di fornire la prova concludentissima dell' essersi la cosa devoluta al patrimonio del convenuto* e *dell'averlo quella versione locupletato od arricchito* » ([2]). Tale fu costantemente l' interpretazione data dalla giurisprudenza all' art. 1307 del vigente Codice Civile. — Tra le decisioni

([1]) V. T. 2 par. 336, pag. 437.

([2]) Bilettà-Actis-Brusa, 25 Luglio 1867. Gazz. Trib. Serie 2.a Collezione Ufficiale delle sentenze della Cass. di Torino. Anno XIX, p. 358.

più recenti ci pare degna di nota quella pronunciata dalla Corte di Cassazione di Firenze, addì 28 Febbraio 1878, in causa De Medici — Dall'Ovo, avendo la detta Corte dichiarato che « *non basta, per dar diritto* » *alla ripetizione, che lo incapace abbia impiegato* » *la cosa e il denaro ricevuto nell' esercizio di un'in-* » *dustria, se* NON NE SIA DERIVATO UN AUMENTO NEL » SUO PATRIMONIO » (1).

Questi principî devono osservarsi dal giudice per rettamente decidere intorno all'azione *de in rem verso.*

III.

La responsabilità che incombe a colui che, senza l'autorizzazione giudiziale prescritta dall' art. 224 del Cod. Civ., viene costituito procuratore generale del genitore esercente la patria potestà, è identica a quella di chi, senza legittimo mandato, amministra gli affari altrui. In tal caso il figlio minore può, a sua scelta, agli effetti del rendiconto, intentare l'azione *negotiorum gestorum*, o contra il genitore, o contra i suoi illegali rappresentanti — *prout ipse elegerit agere* (2).

In Francia, come già avvertimmo, fu deciso che il *mandatario generale* del tutore rimane personalmente obbligato verso il minore, come se avesse

(1) V. Annali, 1878, c. 112.

(2) V. il testo combinato delle LL. Si mater. 24, Cod. De usur, L. 2. Cod. Si mater indemn. promis. e L. 9. Cod. arb. tut. — Tale è pure la dottrina di Cuiaccio Tom. 11, Col. 314, lit. E, Tom. 9, Col. 546, lit. A; nonchè di Voet ad Pandect. Tom. 11, lib. 27, Tit. 3, N. 6 in fine.

amministrato egli stesso in qualità di *pro tutore.* Invero colui il quale in simil modo amministri gli affari della tutela, può considerarsi un quasi *tutore; quia munere tutoris functus est in re impuberis* [1], e secondo il Cuiaccio sarebbe passibile dell'*azione di protutela;* ma poichè un tal fatto riveste pure il carattere di una QUASI GESTIONE, lo stesso autore afferma che non è esclusa l'*actio negotiorum gestorum. Is qui pro tutore negotia gessit, etiam negotiorum gestorum actione tenetur* [2].

Il Voet parifica il caso di chi amministrò con *mandato di un vero tutore*, a quello di chi gerì gli affari di persone che non sono soggette alla tutela, e dice che entrambi non rimangono obbligati come protutori, ma come amministratori di cose altrui, per cui si fa luogo all'ACTIO NEGOTIORUM GESTORUM. « *Non ut protutores tenentur, qui tanquam tutores gesserunt negotia eorum, qui in tutela esse nequent, veluti puberum, aut servorum aut eorum qui adhuc sunt in utero; sed potius termini habiles tutelae requiruntur:* [3] *uti nec,* QUI MANDATO VERI TUTORIS PUPILLI NEGOTIA ADMINISTRARUNT; *ideoque istis in casibus negotiorum gestorum actio pupillo et in pupillum datur* ». L. Qui pupillae. 4. Cod. de negot. gest. — De L. 1. § 6. Dig. h. Tit. [4].

È pure degno di nota il seguente passo delle dissertazioni di Samuele Cocceio intorno alle opere di

(1) L. XXVII. Tit. V. § 1, Pro tutore.
(2) V. Cuiaccio ad Paul. sent. lib. 1. Tit. 4. § ult.
(3) L. 1. § Si quis 6, Dig. h. Tit.
(4) V. Voet, Tit. V. L. XXVII. De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. 1, in fine.

Ugo Grozio: « Quando quis *pro tutore* negotia gessit, vel falso tutorem se gerit, actio priori casu pupillo datur *protutelae;* posteriori casu *actio quod falso tutore;* utroque tamen casu *negotium quoque* NULLUM dici potest.

Laonde potrebbesi non infondatamente sostenere che, anche trattandosi di un mandato valido, il procuratore generale del' genitore non sarebbe meno obbligato a render conto della sua gestione direttamente al figlio minore, giusta l'osservazione della Rota e del De Luca (1), opportunamente ricordata in una dotta sentenza della Corte d'Appello di Bologna, in data 22 luglio 1871, che cioè, quando il principale (dominius rei administratae) *escuta al rendimento del conto, i subalterni ministri o sostituiti, s' intende con ciò averli riconosciuti in principali amministratori* (2).

È evidente però che la nullità del mandato rende maggiore la responsabilità degli amministratori generali sostituiti al genitore; in quanto che questo caso viene a risolversi in una vera e propria — *negotiorum gestione.* — Se dal tutore non si richiede, per gli affari del pupillo, maggiore diligenza di quella ch'egli suol mettere nei suoi proprii (3) ben diversa è la condizione di chi, senza legittimo mandato, amministri le cose altrui. Questi è obbligato ad usare la massima diligenza ed è responsabile d' ogni colpa,

(1) De reg. disc. 87, N. 9.
(2) V. Giur. It., vol. XXIII. P. II. C. 580.
(3) V. L. 1, in pr. D. de tut. act. — L. a tutoribus, 33; in pr. D. de adm. tut.

anche LEVISSIMA. Atqui, scrisse il Donello, ([1]) diximus eum, qui voluntate sua ad res alienas gerendas accessit, in his rebus *exactissimam diligentiam praestare debere,* ut quamvis ipse in suis rebus gerendis *fuerit negligentior; non sit tamen excusatus, nisi eam diligentiam adhibuerit, quam diligentissimi patresfamilias solent.* La differenza sta nella diversa indole dei due uffizii, poichè mentre il tutore, secondo l'espressione del DONELLO, *gerere cogebatur; contra fit in voluntaria rerum administratione:* oltre di che non va dimenticata la regola di diritto: *culpam esse immiscere se rei ad se non pertinenti* ([2]). — Lo stesso insegna il RICHERI ([3]). « Quod spectat ad culpam a negotiorum gestore praestandam, Romanae leges *levissimam* exigere videntur; quasi eam promittere videatur, qui sponte se alienis negotiis immiscet: saltem si alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia; adeoque nulla urgente necessitate ». — In questo convengono tutti gli interpreti del Diritto Romano.

Il nostro Codice Civile non si è discostato da questi principii, prescrivendo all'articolo 1143 che quegli il quale volontariamente si assume un affare altrui, *sia tenuto ad usare nella sua amministrazione tutte le cure di un buon padre di famiglia.*

Ciò nei rapporti col figlio minore; ma anche dirimpetto ai terzi non v'ha dubbio che il procuratore generale dovrà rispondere personalmente dei

([1]) De jure civili, Tom. IV. L. XV. Cap. XX. IV.
([2]) L. culpa est., D. De reg. jur.
([3]) Jurispr. Tom. XI, lib. III, tit. XXIV. C. I. § 67. — De negotis gestis.

danni e delle perdite provenienti dalla nullità delle avvenute stipulazioni, sopratutto qualora si versi in materia commerciale.

Ben disse il Parodi nelle sue reputatissime *lezioni di diritto commerciale* [1] che l'*istitore* resta personalmente obbligato quando agisce per un *proponente* incapace di obbligarsi, giacchè egli doveva instruirsi della condizione del suo mandante, per non compromettere, contro la buona fede mercantile, l'interesse dei terzi.

IV.

Abbiamo discorso finora esclusivamente di un mandato generale conferito dal padre per l'amministrazione di tutti i beni del figlio: ma che diremo di certi mandati che, speciali nella forma e secondo la nomenclatura adottata dal codice civile, racchiudono però in sè tale complesso di facoltà e di operazioni da doversi quasi equiparare, nella sostanza, a un vero e proprio *mandato* generale, tanto più presentando dei gravi pericoli per l'integrità del patrimonio del figlio minore?

Valga un esempio: nel caso in cui un genitore investito della patria potestà abbia dato a Tizio il mandato speciale, ma senza restrizione, di amministrare ed esercitare uno stabilimento commerciale appartenente al proprio figlio minore, dovrà ritenersi questo mandato pienamente valido, nel senso

[1] V. Ed. Genova 1854, vol. 1, p. 95.

che il mandatario possa colle sue operazioni commerciali obbligare il detto minore, sebbene non sia intervenuta alcuna preventiva autorizzazione da parte del Tribunale Civile?

Importa distinguere: o lo stabilimento commerciale forma la totalità del patrimonio del minore, o non ne costituisce che una parte. Nel primo caso un tale mandato non sarebbe diverso nei suoi effetti amministrativi da un vero *mandato* generale; epperò in base ai principii svolti fin qui non potrebbe a meno di essere colpito da *nullità assoluta*. A non diverse conseguenze ci conduce l'esame del secondo caso, quantunque forse a tutta prima non sembri. Trattando, in genere, la quistione, se possa il genitore esercente la patria potestà conferire un mandato ad un terzo per l'amministrazione dei beni del figlio, abbiamo ammesso la validità di un *mandato speciale per un affare particolare;* ma la continuazione di uno stabilimento di commercio è tutt' altra cosa, costituendo quasi sempre la *parte precipua dell' amministrazione patrimoniale.* Laonde il mandato a gerire un negozio, concepito in termini tali da dover trasmettere nel mandatario tutte le facoltà che competono al mandante, e coll'obbligo di avere per rato e valido quanto sarà compiuto dal mandatario, implica necessariamente la cessione di una parte dell'amministrazione generale. Si rinnova in questo modo la quistione precedentemente tolta ad esame, in ordine al diritto di amministrare considerato come un attributo della patria potestà. L'amministrazione dei beni

del figlio, fu detto, pel genitore investito della patria potestà non è soltanto un diritto ma un *dovere;* perciò non può formare oggetto di convenzioni, e tanto meno può essere ceduta in tutto od in parte. Il mandato di cui ragioniamo, non potrebbe pertanto avere efficacia, perchè quantunque *speciale*, secondo la nomenclalura adottata dall'articolo 1740 del Cod. Civ. nella *sostanza* però contiene una parziale alienazione del diritto di amministrare.

Un altro importantissimo argomento per sostenere la nullità di un mandato speciale, ma con *facoltà illlimitate*, conferito dal padre ad un terzo, per continuare l'esercizio di uno stabilimento commerciale che si trovi nel patrimonio del figlio minore, ci è suggerito dalla sentenza della Corte di Cassazione di Torino in causa Cattaneo, della quale ci siamo nella prima parte di questo libro diffusamente occupati. Essa infatti ci dice che l'unica ragione della differenza che, a suo avviso, la legge avrebbe in questa materia stabilito tra genitore e tutore consiste « nel vincolo diretto e direttissimo » di sangue che lega il genitore ai figli; nel vivo » e fortissimo affetto che naturalmente nutre verso » i medesimi; nello ardente suo desiderio della loro » prosperità, pari, se non maggiore della propria, » e nell'interesse supremo che lo spinge a promuo» verne in ogni modo il benessere ».

In queste doti, senza dubbio, pregevolissime, la Corte Suprema trova una garanzia, per la gestione del genitore, che manca al semplice tutore.

La prima logica conseguenza di siffatto principio, la cui erroneità però venne altrove da noi dimostrata, dovrebbe essere evidentemente questa: che, *ogni qualvolta la gestione dello stabilimento di commercio del minore* sia affidata all' arbitrio di un terzo, viene meno quella garanzia che la legge si riprometteva; cessa immediatamente ogni ragione della preferenza accordata al genitore. Nè si obbietti che l' affetto paterno è arra sufficiente di una buona scelta del *mandatario* che prenderà il posto del genitore; poichè la legge ha riposto tutta la sua fiducia esclusivamente nell' attiva e costante vigilanza del genitore, alla quale deve presumersi che quest' ultimo abbia spontaneamente rinunziato, sostituendo a sè un *alter ego*, un *gestore indipendente.*

Infatti se il terzo incaricato della continuazione del commercio, si vale dei suoi *lati poteri*, e ad insaputa del genitore, contrae una quantità di obbligazioni cambiarie senza una evidente necessità; se tenterà speculazioni azzardose; se, in una parola, pessimamente amministri e avvii il minore sulla carriera del fallimento, quale reale garanzia resterà a quest' ultimo? Forse che potrà impugnare di nullità le obbligazioni contratte dal *sostituito* del genitore? No, perchè se valido fu il mandato, esse sono inoppugnabili in faccia ai terzi contraenti, i quali hanno diritto di chiederne l' adempimento, invocando la disposizione dell' art. 1304 del Codice Civile. Si rivolgerà verso il terzo amministratore, e gli chiederà il risarcimento delle perdite sofferte

per sua colpa? Ma questi risponderà senza dubbio che non ha agito in *proprio nome* [1], bensì del genitore, il quale soltanto rimane obbligato per gli atti compiuti nei limiti del suo mandato. Potrebbe, è vero, il minore tentare la prova del dolo, prova sommamente difficile; ma a parte l'ovvia osservazione che le perdite potrebbero essere state il frutto unicamente dell'incapacità del mandatario del genitore, quand'anche dolo vi fosse, ed egli riuscisse vittorioso in questa prova, quali frutti ne ritrarrà? Novantanove volte su cento l'amministratore di mala fede, al momento in cui la sua frode è scoperta, avrà trovato il modo di mettere al sicuro i suoi averi; e in apparenza sarà *nullatenente!* Dirimpetto al genitore poi, lo assunto del figlio diventerebbe oltremodo odioso e quasi insostenibile; poichè nemmeno quegli avrebbe ecceduto il limite de' suoi poteri legali colla nomina del mandatario, e ripugnando alla coscienza universale che i figli diventino gli accusatori e gli avversarii di chi ha dato loro il massimo di tutti i beni: la vita.

D'altronde potrebbe avvenire che anche il genitore, al pari del suo mandatario, fosse *nullatenente*, e allora quale altra garanzia resterebbe al figlio per ottenere il risarcimento dei danni sofferti? Nessuna: quella stessa legge che dovrebbe proteggerlo, in nome degli affetti più santi che vi siano al mondo condannerebbe quel figlio disgraziato

[1] Art. 1744. Cod. Civ.

ad assistere allo sfacelo del suo patrimonio, e ne sanzionerebbe la totale rovina!

Noi abbiamo citato il caso in cui il mandatario eletto dal genitore a continuare il commercio in sua vece, ne assuma egli medesimo l'esercizio; ma, suppongasi che al mandatario del genitore non sia stata espressamente vietata la facoltà di sostituire, a sua volta, altri nel mandato, e che ne faccia uso (art. 1748); in quali mani verrà a cadere l'amministrazione commerciale? Di un TERZO, ignoto al genitore, il quale non può formarsi un criterio nè della sua capacità, nè della sua rettitudine. È vero che il mandatario del genitore dovrebbe rispondere del fatto del sostituito; ma se il genitore avesse riposto la sua fiducia nel mandatario, unicamente per la stima che ne aveva, e altrettanto si fosse fatto da quest'ultimo; se, in una parola, *il mandatario e il sostituito del mandatario del genitore fossero non solventi*, sarebbe non meno vero che il *minore dovrebbe sopportare le disastrose conseguenze dell'amministrazione di un terzo sconosciuto al proprio genitore!* Frattanto mentre al primo venuto, col semplice consenso di un *mandatario* del genitore, sarebbe lecito di continuare validamente il commercio per conto del minore, senza *offrire alcuna garanzia;* ad un tutore, la cui nomina venne fatta dal consiglio di famiglia e fu approvata dall'autorità giudiziaria, e che per soprappiù abbia prestato un'idonea cauzione, la legge vieterebbe assolutamente la continuazione del commercio, a meno che il consiglio di famiglia non la riconoscesse di evidente utilità con delibera-

zione che dovrà essere omologata dal tribunale, come è prescritto per gli atti più gravi i quali possono offendere l'integrità del patrimonio ([1]).

A qneste assurdità si addiverrebbe, permettendo al genitore di ridare ad altri la piena facoltà di continuare liberamente l'ésercizio del commercio per conto del figlio minore; facoltà che nemmeno allo stesso genitore fu dalla legge concessa; ma che, pur seguendo l'erronea opinione emessa dalla Suprema Corte di Torino, a *lui* soltanto, per ragioni affatto *personali*, venne attribuita.

Noi crediamo quindi di poter affermare con ragione che, quantunque il genitore investito della patria potestà possa conferire un mandato speciale per qualche affare particolare, il mandato speciale *illimitato* per gerire un negozio racchiude un'alienazione parziale del diritto di amministrare, e la cessione di una facoltà che non compete nemmeno al genitore, o gli sarebbe, in ogni più deteriore ipotesi, assolutamente personale.

([1]) Art. 299 e 301, Cod. Civ.

INDICE

OPERE PUBBLICATE

DELLA

BIBLIOTECA DIDATICO-LEGALE

Vol. I. **Paoli B.** *Nozioni elementari di Diritto Penale.* — Seconda edizione riveduta e corretta, coll'aggiunta di alcuni studi preliminari sul progetto del Codice Penale presentato dal Ministero Vigliani al Senato nella tornata 24 Febbraio 1874 . . L. 4.

» II. » *Nozioni elementari di Diritto Civile.* — Le successioni testamentarie secondo il Codice Civile Italiano . . . . L. 5.

» III. **Manenti V.** *I casi pratici delle successioni legittime.* Analisi del capo primo, titolo secondo, libro terzo del codice civile italiano. Con una appendice: Della porzione legittima e dei diritti del coniuge e dei figli naturali nelle successioni testamentarie *(seconda edizione)* . . . . . L. 3.

» IV. **Paoli B.** *Nozioni elementari di Diritto Civile.* — La dote, i beni parafrenali e la comunione dei coniugi secondo il Codice Civile Italiano . L. 3.

» V. » *Nozioni elementari di Diritto Civile.* — Dei figli di famiglia e dell'instituto delle patrie potestà secondo il Codice Civile Italiano. . . L. 3.

» VI. » *Nozioni elementari di Diritto Civile.* — La tutela, la interdizione e la inabilitazione secondo il Codice Civile Italiano . . . . . . L. 4.

Paoli B. Osservazioni e studi sul progetto di Codice Penale pel regno d'Italia presentato dal Ministero Vigliani al Senato nella tornata del 14 febbraio 1874. *(Seconda ediz.)* . L. 1.